This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

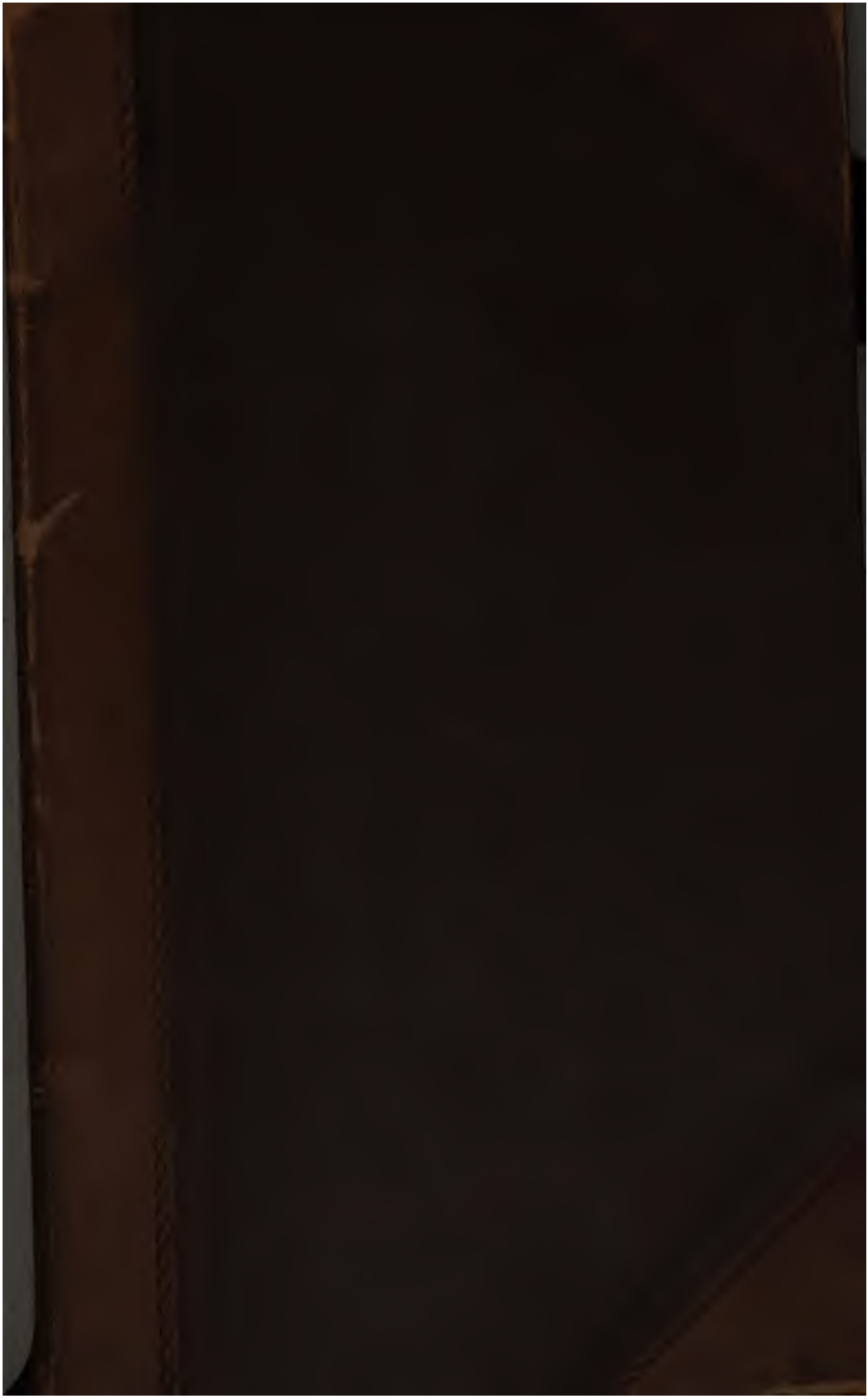
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`



600003824S

42.

274.

QUID CONFERANT

VATICANA FRAGMENTA

AD

MELIUS COGNOSCENDUM

JUS ROMANUM,

EXPOSUIT

GEORGIUS BRUNS,

D. J. U.

TUBINGÆ,

PROSTAT APUD H. LAUPP.

1842.

274.

2 3 4 .

PATRIS MANIBUS

SACRUM.

Praefatio.

Quaestio, in qua solvenda versatur hoc opusculum, ab illustri ICtorum Tubingensium ordine anno 1836 publice proposita est, auctorisque de ea commentatio digna est habita, cui praemium addiceretur. Inde libelli origo. Quem, ut a tirone conscriptum, ita tantum publici juris fecissem, quatenus ab iis fieri solet, qui ad summos in jure obtinendos honores dissertationem edunt, nisi, amicis, etiam Ed. Schradero, summo viro, affini meo, suadentibus, animus additus mihi esset, ut solito in libris more in publicum eum emittere auderem. Quod velim ii ne insuper habeant, quibus forte immaturum opus meum videbitur, acerbiusque de eo judicium ferendum esse putabunt.

De libelli ratione atque dispositione haec habe: Quum haud multum post reperta Vaticana fragmenta Schrader brevi commentatione, *) quibus maxime partibus haec fragmenta juris Romani notitiam augeant, indicaverit, atque ex illo tempore, quae ex iis innotuere res, passim ab ICtis, magnam partem satis accurate, sint tractatae; ea potissimum ratione juris disciplinae aliquid auxilii afferri posse putavi hujusmodi libello, si de illis rebus scriptorum, quae hucusque prolatae sunt, sententias recenserem, nec non, ubi possem, emendarem; si quarum minus mentio esset facta, eas res in lucem protraherem. Omnem autem utilitatem, quae unquam ex Vatic. fragm. capi possit, hoc libro lectori proposuisse, mihi non arrogo, quod pro rerum natura ne ullum quidem hominem conficere posse puto. Qua de causa quoque consulto eos locos plerumque omisi, quibus tantum confirmata sunt, quae jam ante Vatic. fragm. reperta

*) Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft. Tüb. 1826. I. p. 173—186.

innotuerant; id potissimum spectans, ut ea, quae antea prorsus ignota erant, colligerem, aliorumque sententias, sicubi frustra putaverunt, Vatic. fragm. aliquid novi exhiberi, sub examen revocarem, difficiliorum locorum quasi quendam commentarium scriberem, emendationem quoque, nec non restitutionem locorum mutilatorum, quantum in me esset, adjuvarem. In qua vero re id magnopere dolendum mihi erat, hucusque parum accuratam nobis suppetere Ms. Vaticani notitiam, ut ne usquam quidem, quanti spatii sint lacunae, certe constet.

Quonam ordine, quae tradenda erant, disponerem, dubitavi. Ordinem autem ipsorum fragmentorum perverse me secuturum fore, mox intelligens, potius in singulas quaestiones totum argumentum dividi, easque, conjunctis sub certis rubricis iis, quae minoris erant ambitus, secundum argumentum collocavi, quatenus ad jus privatum spectant, ex ordine Institutionum. Generalia de argumento Vatic. fragm., et de utilitate, quam praebeant, prae-

fari, opus mihi visum non est, quum satis constent iis, quibus liber meus scriptus est.

De auxiliis, quibus usus sum, hoc loco dicendum nihil fere est, quum scripta, quae totum Vatic. fragm. argumentum amplectantur, praeter Schraderi commentationem cit., et Buchholtzii commentarium vix exstent, ea autem, quae singulas tantum partes tractant, suo quodque loco referre aptius erit.

Tubingae mense Julio MDCCCXXXVIII.

C. E. G. Bruns.

Index.

Pag.

Pars prima. De fontibus juris Romani.

Tit. I. De legibus 1
Tit. II. - praetorum edictis 9
Tit. III. - constitutionibus imperatorum . . . 10
Tit. IV. - ICtis eorumque scriptis 15
Tit. V. - Justiniani libris juris 22

Pars secunda. De jure judiciario.

Tit. I. De cognitoribus et procuratoribus . . . 34
Tit. II. - foro rei sitae 44
Tit. III. - judicibus et magistratibus 48
Tit. IV. - plus petitione 49

Pars tertia. De jure privato.

Caput I. De jure personarum.

Tit. I. De cognatis et affinibus 52
Tit. II. - excusationibus 56
Tit. III. - matrimoniis et de dotibus 80

Caput II. De jure rerum.

Tit. I. De mancipatione et in jure cessione . . 91
Tit. II. - usucapione et fructuum acquisitione . . 96
Tit. III. - usufructu 99
Tit. IV. - jure hereditario 108

Caput III. De obligationibus. Pag.

Tit. I. De donationibus ad legem Cinciam . . 112

Tit. II. Alter de donationibus titulus 140

Tit. III. De stipulationibus 149

Tit. IV. - mora 150

Tit. V. - lege commissoria 151

Appendix 152

Addenda et corrigenda 154

Pars prima.

De fontibus juris Romani.

Titulus I.

De legibus.

Leges, quarum fit mentio in Vaticanis fragmentis, paucae sunt, eaeque jam antea notae; neque, si legem Cinciam excipias, permagni est momenti, quod de iis comperimus. De singulis referendum est.

§. 1.

De XII tabulis bis est sermo:

§. 50. „quia et mancipationem et in jure cessionem XII tabulae confirmant."

Ex hisce verbis concludi posse videtur, jam XII tabulas de in jure cessione aliquid cavisse; jam illo igitur tempore eam in usu fuisse, quod quidem in dubium haud semel est vocatum. [1]) Dubitationes vero hic adhuc exstantes, et omnino accuratior hujus loci expositio melius infra [2]) proferetur, ubi de jure rerum disputatio erit.

§. 308. „Sicuti in XII tabulis patroni appellatione etiam liberi patroni continentur, ita et in hac lege (Cincia)."

Haec verba ad eum XII tabularum locum referenda videntur, ubi de jure patroni in liberti bona succedendi

1) Archiv f. d. civ. Praxis. T. IX. p. 153.

2) Tit. de mancip. et in jure ces. §. 1.

praeceptum est (apud Dirksenium fr. 8. tab. V.). [3]) Confirmatur igitur hoc loco Dirksenii sententia (et quaecunque inde de antiquo juris patronatus conditione concludi possunt), nominatim de liberis patroni leges non cavisse, sed interpretatione demum extensiva ad liberos quoque translatum esse jus patrono concessum.

§. 2.

Lex Cincia. Ejus de argumento donationumque ex ea profecto jure quum infra fusius sit disserendum, hujus loci tantum est, referre, quod etiam ex verbis ejus legitimis ea maximam partem accepimus, quibus exceptae personae enumeratae erant. Servato ea nobis sunt

§. 298. „Sive quis cognatus cognata inter se, dum sobrinus sobrinave propiusve eos, et sive quis in alterius potestate matrimoniove erit, qui eos hac cognatione attinget, quorumve in potestate matrimoniove erit, eis omnibus inter se donare capere liceto."

- 304. „Tutor, qui tutelam gerit, si dare volet."
- 305. „Si quis mulieri virginive cognatus dotem conferre volet."
- 307. „Si quis a servis, quique pro servis servitutem servierunt, accipit, duitor."

Singulare vero quidquam et recedens ab iis formis, quas in aliis legibus observatas videmus, inesse iis non videtur, nisi fortasse id, quod §. 298. dicitur:

— „dum sobrinus sobrinave propiusve eos, et sive" — cum in aliis legibus, ubi hae personae excipiuntur, veluti lege Servilia, Pompeja de injuriis, Julia de vi aliisque aut adjectum reperiamus „propiusve eam („eo-

---

3) Uebersicht d. XII Tafel-Fragm. p. 380.

rum quemquam“ vel similiter) ea cognatione attingat,“ aut alia loquendi forma sit adhibita, veluti „qui propiore cognatione conjunctus“ (l. Julia de vi), vel „qui priore gradu sunt“ (l. Julia judic. publ.). Sed quae §. 298. legimus, ita abrupte et vix satis latine dicta sunt, ut potius existimes, librarium hic, ut saepius (§. 82. 90. 320.), verba nonnulla omisisse.

§. 3.

Lex Furia testamentaria. Comparat eam Paullus cum lege Cincia ratione exceptarum ab utraque personarum:

§. 300. Excipiuntur et ii, qui in potestate eorum (i. e. cognatorum exceptorum) vel manu mancipiove, item quorum in potestate manu mancipiove erunt. — Sic et lex Furia scripta est, eo amplius, quod illa lex sex gradus et unam personam ex septimo gradu excepit, sobrino natum.

Quo tempore sit data, certe ne ex nostro quidem comperimus. At ex iis, quae de exceptis personis dicuntur, Klenzius [4]), ut infra fusius ostendemus, non sine ratione, juniorem esse Cincia conjicit; id quod jam antea Schradero visum est. [5])

§. 4.

Leges Juliae judiciariae. Quod dudum contra P. Manutium et J. Gronovium contenderat Temminkius, [6]) non ab Julio Caesare, sed ab Augusto esse datas, adjuvari inde videtur, quod §. 197. ita cum aliis Augusti legibus Juliis conjunguntur:

„lege Julia de maritand. ordin., fascibus sumendis et (judiciorum) publicorum — item privatorum.“ —

---

4) Savigny Zeitschrift f. gesch. Rechtswiss. VI. p. 106.

5) Hugo civil. Magazin. V. p. 166.

6) Oelrichs Thes. nov. II. p. 71.

Prorsus autem a nostro refellitur idem Temminkius, et qui eum secutus est Glückius, [7]) unam tantum fuisse legem judiciariam, ejusque diversis capitibus Augustum de judiciorum forma egisse, statuens: aperte enim legimus §. 197. 198., eandem rem (excusationes a judicandi onere) in utraque lege, altera cap. 26., altera cap. 27. esse tractatam. Quibus quidem locis non obstantibus Zimmernus [8]) non prorsus a Temminkii sententia recedendum putat, asserens scilicet, fuisse unius legis (i. e. ut nos dicimus ordinationis judicialis) duas partes. At quid tandem prohibet, quominus duas diversas leges faciamus; et si una tantum fuisset lex, nonne semel tantum proposita fuissent ea praecepta generalia, quae in utramque pariter convenissent, sicuti excusationes a judicandi munere? Accedunt Macrobii (Saturn. at. II, 10) „Augusti leges judiciariae", et quod tam saepe in Digestis sola lex judiciorum publicorum allegatur. [9])

§. 5.

Lex Julia et Papia Poppaea. De exceptis his legibus personis haud spernenda afferuntur. Quum enim imperator Severus eos cognatos et affines, qui lege Julia, et Papia essent excepti, potiores in tutela nominare vetuisset (§. 158.), Ulpianus §. 216. cognatos, qui lege Julia, §. 218. affines, qui lege Papia essent excepti, enumerat. A quonam quidem legis praecepto fuerint excepti, non dicit; at quantum attinet

1) ad lege Julia exceptos cognatos, quum ex Cajo (II. 286) principale legis Juliae praeceptum fuisse constet, [10]) ut coelibes hereditates legataque capere prohiberentur, et cum generaliter cognatos lege Julia excep-

---

7) Pand. Comm. III. p. 169.

8) Der Römische Civilproc. §. 24. n. 2.

9) Brisson. sel. antiqu. IV. 7.

10) Hugo Rechtsgesch. p. 755. (ed. XI)

tos dicat Ulpianus, etiam ab hac prohibitione exceptos eos fuisse, si quis dicat, temerarius non videbitur; praesertim quum etiam Sozomenus [11]) dicat:

„Νόμος ἦν Ῥωμαίοις — κωλύων τοὺς ἀγάμους — μηδὲν κερδαίνειν ἐκ διαθήκης, τοὺς μὴ γένει ἐγγυτάτω προσήκοντας."

Sozomeni dictum in dubium quidem revocatum est à Baumeistero; [12]) cui vero etiamsi lubenter concedamus, jus antiquum in caducis solis liberis, non autem cognatis competisse, ideo tamen nondum falsum probari illud Sozomeni, jam inde liquere nobis videtur, quod jus antiquum in caducis lege Papia liberis est datum (Ulp. XVIII. 1.): a poena autem coelibatus lege Julia exceptos esse cognatos contendimus. [13]) Neque rerum naturae contrarium erit, lege Julia caducorum vindicationem prorsus sublatam, postea mitiore lege Papia solis liberis restitutam esse.

Ulp. XVIII. 1. „— liberis lex Papia jus antiquum dedit —"

Omnino quidem fidem habens Sozomeno, tamen nostrum locum cum eo esse conjungendum negavit nuper Schneider, [14]) tum quia Ulpianus (XVI. 1.) nihil de a sobrino nato dixerit, tum quia Sozomenus affinium omnino mentionem non fecerit. At quae Ulpianus in institutionum libro, atque etiam magis Sozomenus in historia ecclesiastica generaliter loquuntur, ut tanti momenti habenda putemus, persuadere nobis non possumus.

2) Multo magis autem de affinibus controversa est

---

11) Historia eccles. I, 9.

12) Das Anwachs. Recht unter Miterben. p. 92.

13) Discrimen statuisse veteres et in aliis rebus inter leg. Juliam et Papiam, tam ex Ulpiano (fr. XIII, 1. XIV. XVI., 1. XVIII.) constat, quam ex Cap. (II. 286.)

14) Anwachsungsrecht b. Legaten u. d. caducar. Bestimmungen d. Lex Jul. et Pap. p. 225.

quaestio. De iis ante reperta Vat. fr. nil aliud notum erat, nisi ex l. 146. D. V. S., certe sermonem fuisse in lege Papia de affinibus; prorsus autem latebat, quanam ratione, vel quam ob causam; ideoque in diversissimas abierunt sententias, qui restituendae huic legi operam dederunt. Nunc id quidem certo videmus, exceptas fuisse lege Papia affinium personas, reprobandas igitur esse restitutiones tam Gothofredi (c. 15), quam Heineccii (c. 6):[15]) verum a quonam legis praecepto fuerint excepti, etiam nunc minime constat. Buchholzius conjecturam, quam in dissertatione ad orationem D. Severi proposuit (p. 42), inter proximos affines matrimonium esse vetitum, postea ipse rejecisse videtur; at quam ejus in locum posuit sententiam [16]), aeque rejicienda videtur [17]). Putat enim affines a poena coelibatus, lege Julia proposita, sub ea conditione esse liberatos, si orbi non essent; tum enim semissem tantum capere potuisse; id inde probari, quod ne proximi quidem affines, vir et uxor, semper solidum capere potuerint. At illud ipsum, ut orbi dimidiam partem legatorum perderent, lege Papia erat cautum; quum igitur ab ea affines exceptos Ulpianus dicat, non intelligitur, quomodo accipienda sit Buchholzii sententia. Quod autem a viro et uxore ad caeteros affines concludit, conclusio non valet in hac lege, quia inter conjuges singulare jus obtinuisse ex Ulp. XVI. 1. constat; et ipsa legis ratio, quippe quae liberorum procreationi consuleret, quam conjuges ipsi facillime impedire inter se potuerunt, prohibet, quo-

---

15) Nec non Heineccii cap. 31., ubi excepit quidam eos a legis quodam praecepto, ita vero, ut minime quadret Vat. §. 218.: „qui affines — unquam fuerunt"

16) In adnot. ad Vat. fr. §. 158.

17) Cf. Klenzium in Savigny Zeitschrift f. gesch. Rechtsw. VI. p. 69.

minus ita argumentemur. Unde liquet, non recte restituisse Buchholzium §. 218. „affines excipiuntur, qui vir et uxor.“ [18])

Itaque potius eadem ratione, qua supra de cognatis in lege Julia fecimus, etiam de affinibus esse statuendum putamus, scilicet a principali legis Papiae capite eos fuisse exceptos; quod quidem Hugoni [19]) fuisse propter Caj. II. 286. recte visum sit, ut ne orbi amplius, quam dimidias partes hereditatum caperent. Quod autem Ulpianus (fr. XVI. 1.) conjuges exceptos dicit lege Papia, si qui usque ad sextum gradum cognati coierint, id ita intelligendum putamus, specialiter id non esse cautum de conjugibus; [20]) sed quum legi Juliae mitior lex Papia adjecta fuerit, ab illa exceptos cognatos etiam in legem Papiam esse receptos, praeterea quod ipsa etiam affinium personas a se excepit; ita igitur venisse, ut cognati lege Julia, affines lege Papia excepti dicerentur; nihilominus cognati etiam a lege Papia essent excepti, atque ideo etiam, quod Ulpianus dicit, si qui cognati inter se coivissent.

Aliam sententiam tuetur Schillingius, [21]) dicens, et lege Julia et lege Papia tam cognatos, quam affines esse exceptos, inprimis nisus §o 217, quia ibi „nuptarum nobis cognati“ et „nostri cognati ab uxoribus nostris,“ i. e. affines nostri excepti dicuntur lege Julia. Id autem nihil est, nisi interpretatio verborum §i 216.: „quae in horum (exceptorum cognatorum)

---

18) Cf. Schilling Bemerkungen über Röm. Rechtsgesch. p. 304. n. 380.

19) Rechtsgesch. p. 757.

20) Invicem etiam affines a lege Julia excepti esse videntur. Vat. fr. §. 158.: „cognati et affines lege Julia et Papia excepti.“ §. 215.: „cognatus — affinis — alterutra lege exceptus.“

21) Bemerk. üb. Röm. Rechtsgesch. p. 305. n. 850.

matrimonio, vel ii, qui sunt cognatarum nostrarum mariti;"

id quod Paulus §. 300. ad legem Cinciam his verbis reddit:

„ii, qui in matrimonio eorum (exceptorum cognatorum), item, quorum in matrimonio erunt."

Haec autem verba in utraque lege nonnisi ad legitima matrimonia cum in manum conventione, referenda esse, ideoque illas personas non propter affinitatem esse exceptas, sed propter ejusmodi matrimoniorum rationem, [22]) inde liquet, tum quod non inter affines referuntur, sed inter cognatos, ibique una cum iis, qui in potestate essent; tum quod omnes illos affines, quos lege Julia, etiam lege Cincia exceptos videmus:

§. 298. (ex l. Cincia,) „si quis in alterius potestate matrimoniove erit — quorumve in potestate matrimoniove erit."

216. (ad l. Juliam.) „quae in matrimonio, vel ii, qui cognatarum nostrarum — mariti."

nihilominus autem in lege Cincia praeter eos specialiter quoque affines excipiuntur:

§. 302. „Excipiuntur etiam affinium personae, ut privignus etc."

Quod autem lex Julia praeter potestate conjunctos etiam matrimonio conjunctos cum cognatis excipit, licet illo tempore matrimonia legitima tam raro fierent, non obstat, cum singula certe adhuc essent exempla, ideoque causa non deficeret, veterem civilem rationem certe in legem recipiendi. [23])

---

22) Ideoque etiam recte restituisse putamus Buchholzium et Hollwegium §. 217. „nuptarum nobis cognati usque ad sextum gradum", quod Schillingius pro sententia sua negat.

23) Cf. Caj. I. §. 108—115.

Titulus II.

De praetorum edictis.

Minus etiam, quam de legibus, de praetorum edictis legimus.

§. 317. edicti perpetui fit mentio, quod Zimmernus [24]) et Schillingius [25]) de Hadriani edicto perpetuo intelligendum censent. At potius eo tantum sensu ex edicto perpetuo procuratori et in procuratorem judicati actionem dari et domino et in dominum denegari, dici videtur, quia ex decreto, causa cognita, etiam domino et in eum dabatur. (§. 331.)

Verba edicti de procuratoribus in processu admittendis proferuntur §. 372.. Praetor, quae jam antea diversis edictis de cognitoribus edixerat, postea uno edicto amplexus, ad procuratores quoque propter parem rationem transtulerat.

§. 322. „Alieno nomine, item per alios agendi potestatem non faciam in his causis, in quibus ne dent cognitorem, neve dentur, edictum comprehendit."

- 323. „Quod ait „alieno nomine, item per alios" breviter repetit duo edicta": etc.

Praeterea „Rutiliana constitutio" appellatur §. 1., quam praetoris constitutionem esse putant Dirksenius et Zimmernus. At vide, quae infra tit. de fructuum perceptione scripsimus.

Quod de edictis brevibus in inscriptione ad §. 310. reperire sibi visus est Rudorffius, de eo infra aptior erit dicendi locus.

---

24) Röm. Proc. p. 134. n. 31.

25) Bemerk. citt. p. 264. n. 726.

Titulus III.

De constitutionibus imperatorum.

Earum quum ex quovis genere in librum nostrum nonnullae sint receptae, seorsim de iis sermo erit.

§. 1.

Orationes imperatorum saepius allegantur; tamen singulare quidquam de iis non comperimus. Tantum ex §. 158 tandem videmus, quodnam proprie fuerit argumentum orationis illius D. Severi, quae rubricam praebuit titulo 28. lib. II. Sent. rec. Paulli. (Cf. infra, ubi de potioris nominatione disputatio erit).

Praeterea ea quoque D. Marci oratio praetereunda silentio non est, quam exhibet §. 195., quia non ad senatum, sed in castris ad praetorianos, quibus privilegium ea dabatur, est habita, cujus modi orationis alterum exemplum a Constantino demum in l. 1. C. de veteranis (12. 47.) habemus. Secernenda utraque est ab orationibus, quae ad Senatum imperatores habebant. Quibus enim cum senatui tantum proponerent (certe pro forma), quae ab illo decernenda essent, hae nil aliud sunt, nisi singularis forma exprimendae imperatoris voluntatis, quam alias illo tempore edictis, decretis, mandatis et rescriptis manifestaverunt. Privilegiorum autem concedendorum jus imperatores jam longe ante Constantinum sibi arrogasse, inter omnes constat. [26])

§. 2.

Rescripta antehac nobis ignota permulta afferuntur, inprimis de excusationibus et de donationibus. Quorum vetustissima Marci quidem Aurelii sunt, sed et saepius etiam Hadriani tam rescripta, quam epistolae allegantur (151. 141. 222. 223. 235. 244.); quin etiam

---

26) Cf. Dirksen. civ. Abhandl. I. p. 291. 303. Rhein. Mus. f. Jurispr. II. p. 95—97.

§. 233. epistolae Traiani de pistorum jure citantur; unde ii refutantur, qui propterea, quod in Justiniani Codice vetustissimum Hadriani est rescriptum ejusque unum tantum, ante eum imperatores rescripta non fecisse putabant. [27])

Quod ex §. 168. coll. c. §. 194. Schradero [28]) sequi visum est, imperatorum certe diu mortuorum rescripta etiam Papiniani tempore nondum satis certam et firmam auctoritatem habuisse, probare non possumus, quum potius §. 194.:

„justi an injusti sint liberi, non requiritur,“

interpretandum videatur ex §. 168.:

„Quidam tamen justos secundum has leges putant dici. — Sed justorum mentio ita accipienda est, uti secundum jus civile sint quaesiti;“

maxime si confers cum his l. 2. §. 2. D. de excusationibus. (27. 1.):

„Legitimos liberos esse oportet.“ [29])

In concipiendis rescriptis imperatores tam ICtorum libris, quam aliis imperatorum rescriptis ita esse usos, ut ipsa verba ex iis describerent, novis exemplis probatur. Etiamsi enim de §. 42., quem Schrader [30]) ex c. 3. C. de usufructu. (3. 33.) conceptum putat, dubitari adhuc possit, [31]) tamen dubium fere non restat, constitutionem 24. C. de evictionibus. (8. 45.) ex §. 12., ex Papiniani responsis, conceptam esse; nec non e constitutione 15. C. de rei vind. (3. 32.) imperatores Diocletianum et Maximinianum rescriptum, jam prius ab ipsis datum (quod §. 315. exhibet), fusius iterasse. Idem

---

27) Hugo Rechtsgesch. p. 745.

28) Tübinger krit. Zeitschr. I. p. 174.

29) Cf. infra tit. de excusationibus §. 6.

30) L. c. p. 177.

31) Cf. infra tit. de Just. libris juris.

fortasse dicendum est de §. 22., qui male mutilatus verba rescripti Diocletiani continet, quae etiam l. 2. C. si propter publ. pensit. (4. 46.) leguntur, ita autem, ut Codicis verba primam paragraphi 22. lacunam multo excedant; quae quidem diversitas librario, cujus negligentiam jam supra vidimus, tum erit adscribenda; is enim si unam lineam initio omisit, omnis res in plano est. Quod autem c. 4. C. de in off. donat. (3. 29.) in fine verba quaedam adjecta videmus, quae in §. 282., qui idem rescriptum continet, deficiunt, id potius Triboniano tribuendum videtur. Ejusdem §. verba initialia digna videntur, quae non prorsus negligantur:

„Quoniam non contenta rescripto, quod ad primas preces acceperas, iterato supplicare voluisti, in jure rescriptum reportabis.“

§. 3.

Constitutiones generales quatuor accepimus, tres Constantini, et unam imperatorum Valentiniani, Valentis et Gratiani.

Earum, quae Constantini sunt, duae, in epitomen vero redactae, pridem nobis innotuerant: §. 249., anni 323, ex l. 1. C. Th. l. 25. C. I. de donationibus (8. 54.) et l. 2. C. Th. l. 21. C. I. de admin. tut. v. cur. (5. 37.); §. 35. ex l. 2. C. Th. de contr. emt. In §. 35. offendit, quod subscriptio, qua in Vat. venit haec constitutio, annum 313. significat, in Th. autem annum 337. Movetur inde Buchholzius, [32]) ut notas „p. K. atque „a. a.“ ita vertat „parens Karissime atque augustalis,“ putans, legem esse datam a Constantini filiis, ab iisque patri Constantino probandam propositam; Codicis Theodos. igitur veram esse subscriptionem. Quum autem etiam in Codice Theod. ipsi Constantino adscri-

32) In excursu I. ad Vat. fr. p. 323.

batur constitutio, neque verba „par. augustalis“ de imperatore scripta esse veri sit simile, quia augustalis praefectus Aegypti appellabatur, potius cum Wenckio [33]) ita de ea re sentiendum erit, notas esse explicandas „parens karissime atque amantissime,“ easque ad praefectum praetorio referendas esse; temporum diversitatem autem, quum §i 35. constitutionem Aquilejae datam esse subscriptio doceat, inde venisse putat, quod initio imperii sui constitutionem fecerit Constantinus, tum autem vicissitudine temporum oblivione obrutam sub finem vitae innovaverit, ideoque constitutionem in Cod. Th. „Constantinopoli“ subscriptam esse.

Tertia Constantini constitutio, cujus vero initium deletum est, §. 248. continentur, scripta de emancipatione liberorum revocanda.

Utrum etiam §. 287. legem edictalem contineat, an rescriptum, non constat; [34]) neque sane quidquam refert, cum ita sit mutilatus, ut vix, de qua re sit scriptus, erui possit ex verbis superstitibus.

Novissima denique totius operis constitutio, imperatorum Valentiniani, Valentis et Gratiani est §. 37. de emtionibus scripta. In epitomen redacta etiam legitur l. 1. C. Th. de fide et jure hastae.

§. 4.

Adjicienda hic quoque sunt quaedam de collectionibus constitutionum ante Justinianum factis.

1) Inveniuntur in Ms. Vat. fr. paragraphis nonnullis (266. 272. 285. 286. 288.) verba praeposita: „Greg. lib. XIII. tit.“ et uni (270) „Hermog. tit. de donationibus.“ Recentiore autem manu, quam qua totus liber conscriptns est, addita sunt; unde colligere licet, Vat. auctorem Codices illos non habuisse, quum alias mul-

33) Cod. Theod. ad leg. 2. de contr. emt. (3. 1.)

34) Schilling Bemerk. citt. p. 392. n. 1090.

tum ex re videri ei debuisset, ubi posset, eos allegare. Merito autem inde argumentari videtur Schrader, [35]) aut omnino tum nondum esse conscriptos illos Codices, aut perexiguam initio fuisse eorum auctoritatem. Prius in Codicem Hermogenianum, cujus novissima quae usquedum innotuit constitutio septem tantum annis a novissima Vat. constitutione superatur, cadere bene potest; at in Gregoriano dissimile veri videtur, quippe ex quo ne nunc quidem constitutionem, quae annum 296. excedat, noverimus; cui accedit, quod, cum §§. 285. 286. et 288. allegetur Cod. Greg., tantum omissus est in §. 287., qui constitutionem Constantini anni 318 continet. Quod attinet ad alteram Schraderi conjecturam, ita potius ea res sese habuisse nobis videtur: codicem Gregorianum initio quidem pauca viguisse auctoritate; quum autem Hermogenianus, ut alicujus momenti ICtus, eodem fere tempore, quo Vat. fr. colligerentur, ipsius Codicem Gregoriano adjiceret, utriusque majorem factam esse auctoritatem, quum mox (a. 429) Theodosium ad eorum exemplum suum Codicem conficientem videamus.

2) Quantum ad Theodosianum codicem attinet, duo nova [36]) afferuntur exempla, e quibus rationem perspicere possumus, quam ejus Codicis conditores in circumcidendis et in compendium redigendis imperatorum verbosis constitutionibus observaverint. Certe satis bene apteque factum id est in constitutionibus illis (§. 35. 249.), quippe in quibus tali usus erat verbositate, tumore et magniloquentia „divus imperator Constantinus," ut „vir cuncta sublimis ex praefecto et consul" Antiochus plus, quam dimidium ex utraque resecare posset, quin ne minimum quidem, non tantum de argumento

35) Tübing. krit. Zeitsch. I. p. 177.

36) Alia vide apud Gothofredum in Prolegom. ad C. Theod. I. §. 8.

ipso, sed ne de perspicuitate quidem diminueretur. Non tantum autem praefationes omissae sunt, et verbosae illae tumidaeque locutiones, quibus uti solebant imperatores, sed etiam omnes inutiles illae ratiocinationes et argumentationes, quibus praecepta sua, ut ex vera legum condendarum arte profecta, munire et commendare studebant. [37])

Illud quoque exemplum habemus, epitomatores istos, quantum per imperatorem iis licuit, singulas periodos, si quae pro argumento alii titulo convenire viderentur, ex constitutionibus exemtas, appositis verbis „post alia", ibi collocasse. Ita in §. 249. periodum „In caeteris sane conditionibus etc." (edit. Bethm. Hollw. p. 72. fin.) primum in epitomen redegerunt, tum in alio titulo collocarunt; unde postea quasi integrum Constantini rescriptum in Cod. Just. translata est. [38])

Titulus IV.

De ICtis eorumque scriptis.

§. 1.

De veteribus nihil novi. Tantum etiam in §. 1. videmus, quod Dirksenius [39]) ex Digestorum permultis locis probavit, in ICtorum libris „veteribus (ICtis)" eos opponi solere, qui initio imperatorum Romae floruerunt:

„— ita et veteres putant, et Sabinus et Cassius scribunt."

Ad scholarum controversias [40]) una tantum adfertur §. 266., licet ICtorum scholis addictorum saepius fiat mentio (§. 1. 77.).

---

37) Cf. ex. gr. §. 35.: „Hinc enim jurgia etc."

38) l. 2. C. Th. l. 21. C. I. de admin. tut. vel cur. (5. 37.)

39) Beiträge etc. p. 171.

40) Cf. Dirksen, Beiträge. p. 10. n. 8. a. p. 20. n. 45. p. 93.

Unius etiam antea ignoti ICti nomen legimus §. 77.: „contra quem Atilicinum respondisse Aufidius Chius refert.“

Alios fuisse Aufidium et Tuccam et Namusam, Servii discipulos, inde constat, quod diu illi ante Atilicinum floruerunt; fortasse igitur Titus Aufidius, quem sub Hadriano consulem fuisse, et cum aliis coram senatu de jure verba fecisse, ex l. 205. D. de H. P. (5. 3.) scimus, intelligendus est.

Excerpta nonnisi ex Papiniani, Ulpiani et Paulli libris exhibentur; nam IV libros de interdictis, e quibus §§. 90 — 93 desumti sunt, Venuleji non esse, probasse videtur Buchholzius, [41]) inprimis eo nisus, quod praeter tres illos paragraphos, nulli inveniuntur, nisi qui aut Papiniani, aut Ulpiani, aut Paulli essent; et quod Venulejum in libris de interdictis alio ordine rem tractasse, quam qui ex §. 90—93 elucet, e Digestis videre possumus. De tribus illis solis igitur nunc dicendum erit.

§. 2.

De Papiniano quidem nil aliud fere, nisi quod novam locorum copiam accepimus, e quibus denuo summum viri ingenium elegantiamque juris admirari cogimur. Libri vero, e quibus sunt desumti, etiam in Dig. excepti sunt; unde ea sententia adjuvatur, Papinianum alios libros non scripsisse, nisi qui in indice Florentino recensentur.

Etiam id praetereundum fortasse non est, quod §§. 3 et 13 Papinianei loci esse videntur, qui Hermogeniano in libro juris epitomarum fontes fuerunt, unde hauriret in l. 7. D. de lege commiss. (18. 3.) et l. 49. D. de act. emti vend. (19. 1.)

---

41) Excurs. I. ad Vat. fr. p. 296.

§. 3.

Frequentissime Ulpianus est excerptus, quod mirum esse non potest, cum ejus sermonis perspicuitas verbositasque, et multae caeterorum ICtorum allegationes non potuerint non convenire quam maxime illi aevo; unde etiam in Dig. et Lege Dei idem observatum est. Ad accurate vero cognoscendam ejus sermonis rationem ipsis Vat. nostris haud paullum collatum esse nobis videtur. Quod enim jam in L. Dei XII. 9. videri potuit, multo accuratiorem et prolixiorem Ulpianum fuisse in proferendis et recensendis aliorum ICtorum sententiis, quam Dig. exhibent, id nunc quam maxime confirmatur §§. 70—90., ubi ex libro 17. ad Sabinum de usufructu tractatum accepimus, cujus etiam magna pars in Dig. reperitur. Hoc enim loco tertia fere vel quarta parte videmus fusius scripsisse Ulpianum, quam Tribonianus in Digesta recepit; quod quidem maximam partem venit ex permultis ICtorum sententiis allegatis, quas fere omnes in Dig. omiserunt compilatores; quarum vero Ulpianus ipse tam studiose rationem habuit, ut non solum in quavis ipsius sententia, qui scriptores recederent vel consentirent, nominaret, sed etiam recedentium sententias accurate proferret recenseretque, idque ita, ut uno §. 75. non minus quam octo ICtorum nomina legantur. Jam igitur, quum in aliis libris, certe in reliquis ad Sabinum, prorsus aliam scribendi rationem observasse Upianum veri simile non sit, non veram et genuinam Ulpiani librorum faciem in Digestis praeberi liquet; licet ex rebus tractatis ipsis saepissime consequatur, non aeque multa fuisse omittenda Triboniano.

De singulis Ulpiani libris, e quibus excerpta exstant in Vat., haecce adnotanda videntur.

1) Libros de interdictis, quos Venuleji esse supra

cum Buchholzio negavimus, Ulpiani esse Buchholzius [42]) putat. At licet ei concedamus, a Papiniano sermonem §§. illorum abhorrere, tamen jam inde, quod in iis Digestorum libris, qui de interdictis sunt scripti, locus non existat Paulli, ubi Pedius laudatur, §. 93. autem Pedii nomen inveniatur, probari, Paulli §§. illos non esse, non possumus non negare. Cuinam igitur sint adscribendi, in incerto adhuc relinquendum est, nisi forte ideo Ulpiano eos adscribendos putare mavis, quod ratio citandorum titulorum:

§. 91. „sub titulo: si uti frui prohibitus esse dicetur;"
- 92. „sub titulo: a quo usufructus petetur, si rem nolit defendere;"

eadem est, qua Ulpianum etiam in aliis libris usum videmus:

Lex dei II. 4. „Ulp. l. 18. ad edictum sub tit.: „si fatebitur injuria occisum esse;"
- - VII. 3. „Ulp. l. 18. ad edictum sub tit.: „si quadrupes pauperiem dederit;"

(quibuscum locis conferendus est Vat. fr. §. 269.), quum Paullus, ut e multis Legis dei locis videmus, brevioribus inscriptionibus potius favisse videatur.

2) Inscriptio §i 266. „Ulp. libro 1. ad edictum de rebus creditis" quomodo sit accipienda, in dubio est. Buchholzius [43]) verbis „de rebus creditis" titulum libri indicari putat; quod vero probandum non videtur, quia non intelligitur, quomodo in librum I. ad edictum, ubi de in jus vocatione atque ejus modi rebus sermo erat, titulus de rebus creditis aberraverit ex libro 26., qui totus in iis versabatur. Potius inde res explicanda videtur, quod, cum „credendi generalis sit appellatio, et ideo Praetor sub titulo de rebus creditis, et de commo-

42) Excurs. cit. p. 297.
43) Edit. Vat. fr. not. crit. ad h. l.

dato et de pignore edixerit," [44]) Ulpianus autem hasce res in tribus libris 26—28 tractaverit, [45]) hi libri de rebus creditis appellabantur. Tum etiam quadrat, quod initium §i 266. in l. 26. §. 3. D. de cond. indeb. (12. 6.), quae ex lib. 26. ad edictum (primo igitur de rebus creditis) desumta est, reperimus.

3) Ex libro Ulpiani de officio praetoris tutelaris, ex quo etiam in Digesta tres loci sunt recepti, nunc permultos habemus §§. 170—224, 232—236, 238—242, quorum quatuor §. 186. 189. 190. 240., etiam in Dig. reperiuntur, l. 3. 5. 7. 15. §. 16. D. de excusat. (27. 1.) Duo vero ibi sub rubrica „Ulp. lib. sing. de excusationibus" veniunt (§. 189. 240. in l. 15. §. 16. l. 7. citt.); quod cum mirum, sit accedit, quod inter §. 123—171., quorum incertus est auctor, alii duo (145. 151) sunt, qui postea iterum (222. 223) inter eos veniunt, quos ex libro de officio praet. tutel. desumtos esse constat, et quod in §§. 123—171. saepius eandem materiam tractatam invenimus; quam et postea, fusius tantum, in locis ex libro de off. praet. tut. His argumentis motus Buchholzius [46]) non sine ratione conclusionem fecit, priores illos §§. ex libro excusationum, quem Modestinus citat, in Dig. desumtos esse, hunc librum autem non eundem quidem fuisse, atque librum de off. praet. tutel.; at multum ei cognatum, fortasse simili ratione, quam Paulli lib. 71. ad edictum ad legem Cinciam, qui §. 298. citatur, cum libro singulari ad legem Cinciam, qui in l. 29. D. de legibus (l. 3.) citatur. *) Nam quod Schrader conjicit, excusationum librum partem fuisse libri de off. praet. tut., ideo non placet, quod easdem res in utroque diversa ratione tractatas videmus.

44) l. 1. D. de rebus creditis. (12. 1.)

45) Cf. locos Ulpiani in titt. D. XII. 1. 3—6. XIII. 1. 3—7.

46) Excurs. I. ad Vat. fr. p. 311.

*) Cf. etiam infra pag. 20 nro. 2. i. f.

Certe librum, ex quo §. 123. 399. desumti sunt, prius esse scriptum, quam librum de off. praet. tut., inde constat, quod §. 125. 147. 159. „imperatores nostros“ appellat Ulpianus, contra §. 201. 204. 212. 236. l. 9. D. de excus., quos ex libro de off. pr. tut. esse constat, „imperator Antoninus et Divus Severus“ appellantur. Haec de Ulpiano.

§. 4.

Restat, ut de Paulli in libro nostro excerptis scriptis quaedam proferamus.

1) E Paulli libris responsorum multi inprimis in titulum de re uxoria desumti sunt loci, in quibus id singulare est, quod in multis eorum casus vel quaestio prorsus desideratur, solumque responsum legitur. Quod vero cum in aliis, iis scil., ubi ad intelligendum responsum quaestio quoque aliquid conferat, non ita sit (94. 102. 106. 107. 111. 112); inde fortasse argumentum duci potest ad defendendos Triboniani socios ab accusatione quadam Dirksenii. [47]) Quum enim verisimile non sit, Vatic. fr. architectum ipsum electionem fecisse, ubi quaestio posset omitti, nec ne, dicendum fortasse est, ipsum Paullum non omnibus responsis quaestiones praeposuisse, sed ubi ipsum responsum jam satis indicaret, quod sibi vellet, eas omisisse. Quodsi verum id est, tum inde foret intelligendum, quod in Dig. tam in Paulli, quam aliorum (Modestini) responsis quaestiones saepe [48]) desiderantur, ideoque Tribonianus absolvendus.

2) §. 247. ex „libro I. edit. secundae de jurisdictione tutelari“ est, qui liber cum libro sing. de off. praet. tutelaris, ex quo §. 244. locum exhibet, ita for-

---

47) Civil. Abhandlungen. I. p. 221.

48) Cf. l. 72. §. 1. 2. D. de jure dotium. (23. 3.) l. 14. D. de usuris. (22. 1.) l. 76. D. de contr. emt. (18. 1.), quae sunt Paulli, l. 63. D. de evictionibus (21. 2.), quae est Modestini.

tasse conjunctus est, ut hunc primum scripserit Paullus, postea totam rem tutelarem pluribus libris tractaverit sub titulo „de jurisdictione tutelari;“ simili quidem ratione atque Ulpianus primum de excusationibus librum scripsit, postea totum praetoris tutelaris officium amplexus est. Caeterum ex utroque Paulli libro in Dig. fragmenta non existunt.

3) Quod §. 310. inscriptus est „Paull. l. XXIII. ad edictum de brevibus,“ certe idem est, quod Index Florentinus praebet „ad edictum breviω,“ indeque ea opinio adjuvatur, libros breviω esse aut breviorem ex magno ad edictum commentario epitomen, aut fortasse supplementa et additamenta; ita ut, quum ibi libro 71. de lege Cincia (§. 298), hic jam libro 23. de ea actum sit. Quod autem Rudorffius [49]) verba „de brevibus“ intelligi vult de brevibus edictis, id verisimile certe non est, quia tum statuendum esset, uno illo libro de cunctis edictis brevibus, quae de diversissimis rebus poterant proponi, Paullum commentatum esse. Neque fere apta tum foret inscriptio „ad edictum de brevibus,“ quum potius „ad edicta brevia“ fuisset dicendum.

4) Denique id singulare est, quod §§. 233. 205. ex Ulpiani libro de off. praet. tutel. ad verbum fere consonant cum l. 46. D. de excusat. (27. 1.), quae ex „Paulli lib. sing. de cognitionibus“ est desumta. Quid; quod etiam tres §§. ex tribus diversis libris: 235. „Ulp. de off. praet. tut.,“ 237. „Paullus lib. sing. ad. municipalem;“ l. 46. §. 1. cit.; „Paull. lib. sing. de cognitionibus,“ ad verbum prorsus inter se consonent, porro aequo modo inter se consonent: §. 236. init. ex Ulp. de off. pr. tut., et §. 237. ex Paullo de cognit. Quae quomodo sint intelligenda, num Paullum ex Ul-

49) Diss. ad legem Cinciam. p. 31.

piani libris descripsisse faciamus, an contra, an utrumque ex tertii cujusdam libro, in incerto relinquendum est. Saepius talia in veterum scriptis obviam veniunt.

Titulus V.

De Justiniani libris juris.

Etiamsi directe, ut liquet, de Justiniani libris novi quidquam discere non possimus ex Vat. fr., tamen, quum permulti loci, quos nobis servaverunt, etiam in Digestis vel Codice reperiantur, interpolationes autem in Vat. factae esse non videantur, ex utrorumque comparatione duplici modo adjuvatur, quae nobis est Justinianei operis notitia.

§. 1.

Primum enim novus hic est arti criticae oblatus fons ad constituendum verum atque genuinum locorum illorum textum, ex quo vero certe haud parva cum cautione est hauriendum, cum quia non ipsos scriptorum libros habemus, is autem, qui excerpta collegit ex ipsis libris, maximi ingenii doctrinaeve vir fuisse non videtur; tum vero quia is, cujus manu conscriptum est id Ms., quod illius operis partem a temporum injuria nobis servavit, insigni sane in describendo usus est negligentia atque incuria, qui non verba tantum, sed integros quoque versus omisit, nec raro ejusmodi lectiones admisit, quae omni careant sensu.

Singulos autem locos similes hac ratione percurrere frugi esse nobis non videtur, cum quae Vat. lectiones recedant, ab iis, quas Digestorum Mss. hucusque nobis praebuerunt, non tanti sint momenti, ut locorum interpretatio inde mutetur, certe si unicum §. 72. excipis, unde quidem certa reddi videtur interpretatio l. 23. D, de usufr. (7. 1.):

„modicam castigationem (servi) fructuario competere, ita ut neque torqueat neque flagellis caedat.“ (Flor. „competere. Vi neque —“)

Ibi enim si cum Florentino Ms. legis „vi neque torqueat —“ multo latius extenditur sensus, etiam quaestionem in servum faciendam amplectens, quam si ex vulgata lectione, quae nunc Vat. confirmatur, legis „ita ut neque torq.;“ quo facto moderamen tantum castigationis, ne saevior fiat, verbis inesse videtur.

§. 2.

Paullo majoris momenti ea est utilitas, quae ex comparatione illa procedit ad cognoscendam rationem, quam Justiniani compilatores in excerpendis interpolandisque veterum scriptis observaverint. Tamen etiam hic existunt duae causae, quae non tantam esse efficiunt, quantam pro copia locorum similium aliquis crediderit. Ut enim primum de Digestis loquamur, dimidia fere locorum eo pertinentium pars ex solo libro XVII Ulpiani ad Sabinum est desumta; caeterorum autem plerique responsa sunt, maxime Papiniani, pauci tantum ex aliis Ulpiani ac Paulli libris exstant loci similes, iique breves neque magni momenti. Unde efficitur, duorum diversorum generum scriptorum interpolationes e Vatic. fragm. nobis aliquatenus innotescere: cum Ulpiani, et si quis alius longas disputationes multasque allegationes amavit; tum Papiniani, et si quis alius scriptor cum conciso sermone elegantique brevitate maximam apud posteros auctoritatem conjunxit. Sin igitur diversa quoque ratione uterque est interpolatus, frustra nimirum laborabit, si quis inde generalia de omnibus scriptorum generibus inferre velit.

Id autem cave, ne de eo interpolandi genere intelligas, quod ex jure post illos scriptores mutato Justiniani voluntate desumtum est; quod scilicet pro natura sua in utroque scriptorum genere prorsus idem,

haud aliter in constitutionum quoque Codice deprehendi debet: de quo ideo infra opportunior erit dicendi locus.

§. 4.

Nunc de eo tantum interpolationum genere erit sermo, si quid Digestorum scriptores illa ratione deficiente aut omiserunt, aut mutaverunt, aut adjecerunt. Id enim quominus diversa ratione fieret, pro ipsorum scriptorum diversitate fieri haud fere potuit. Quomodo autem de hac re sit statuendum, minime in aprico est. Novissime ante reperta Vatic. conjecturam de hac re proposuit Bluhmius, [50]) quam praecipue ex comparatione sententiarum Paulli cum Dig. deduxit: scilicet seriem Papinianeam, quam ille vocat, omnium maxime interpolationibus aegrotare. Ea vero sententia Vatic. nostris fragm. haud multum adjuvatur; nam inter 16 Paulli et Papiniani locos similes, qui in illa serie collocati sunt, duo tantum inveniuntur, in quibus supradicti generis interpolationes intercedunt (94. 328. coll. c. 331.); quod enim §. 12. mutatum in l. 18. §. 1. D. de peric. et comm. (18. 6.), et §. 254. additis verbis quibusdum in l. 31. §. 1. D. de donation. (39. 5.) reperimus, propter mutatum constitutionibus jus factum est; de quo cum ad §. 254. dubitari nequeat, [51]) etiam §. 12. talem explicationem minime rejicit. Respondet ibi Papinianus, optimeque rationibus defendit:

„ante pretium solutum dominii quaestione mota pretium emtorem restituere non cogi, tametsi maximi fidejussores evictionis offerantur."

quod caput in Digesta, l. 18. §. 1. cit., ita migravit, ut pro „tametsi" contrario sensu legatur „nisi," et rationes, quas Papinianus in suam sententiam allegaverat, sint omissae. Ne vero corruptum esse contextum

50) Savigny Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. IV. p. 347. 348.

51) Rheinisches Museum f. Jurisprud. III. p. 441.

putes, rescriptum Diocletiani in l. 24. C. de eviction. (8. 45.) suadet, quod eandem tuetur sententiam, cujusque ex verbis liquet, eum, qui id conceperit, Papiniani locum ante oculos habuisse, indeque verborum conceptionem sumsisse. Qua in causa parum probabiliter Puggaeus [52]) putat, utrumque locum a compilatoribus esse interpolatum, rescripto illi verba „si satis non offeratur" esse inserta; Diocletiani enim temporibus bene convenit, eum strenuam illam Papiniani sententiam non tenuisse, ideoque bene fieri potuit, ut ejus rescriptum in veterem Justiniani Codicem reciperetur, et ita Tribonianus cogeretur, in conscribendis Digestis etiam Papiniani locum illi rescripto adaptare. [53]) Quod autem Diocletianus, Papiniani locum ante oculos habens, ita eum mutavit, fortasse ex notis illis ad Papinianum est intelligendum, quas aboleri Constantinum praecepisse e l. 1. C. Th. de resp. prudentum videmus.

Quantum autem attinet ad eos locos, ubi vere supradicti generis interpolationes intercedere concedimus, ibi etiam certe tales non sunt interpolationes, quales maxime Bluhmius in animo habet, scilicet mutationes vel additamenta, non ex constitutionibus, sed ex praxi vel mero compilatorum arbitrio profectas; sed in l. 49. §. 1. D. solut. matrim. (24. 3.), quae reddit §. 94.

---

52) Rheinisches Museum f. Jurisprud. III. p. 441.

53) Aliam sententiam defendit Buchholzius in edit. Vatic. ad h. l., ipsum jam Papinianum sententiam suam mutasse putans; quam vero merito jam rejecit Puggaeus l. c. Tum enim aut persuadere tibi deberes, secundam editionem responsorum Papinianum fecisse, quod nulla suadet ratio, aut alio libro eum id scripsisse, quod Diocletianus ante oculos habuit. Quod vero si fecisset, quidni potius eum locum receperit Tribonianus, quam nostrum ex eo mutavit? Utroque autem casu Papinianus certe rationes protulisset retractationis, sicuti in l. 6. §. 1. D. de servis export. (18. 7.), quas Tribonianus quoque vix respuisset.

Vatic. fr., omissa tantum sunt verba quaedam, quia ad decisionem ipsam nil faciunt, sed tantum dubitationem, quaestione propositam, removent; et in l. 67. D. de procuratoribus (3. 3.) nil aliud interpolationis inest, nisi quod singulari ratione duo conjuncta sunt Papiniani responsa. Quum enim §. 328. singularem casum decidisset Papinianus:

„Procurator absentis, qui pro evictione praediorum, quae vendidit, fidem suam adstrinxit, etsi negotia gerere desierit, obligationis tamen onere non relevabitur."

§. 332. autem eandem decisionem generaliter conceptam proposuisset, ut inde conclusionem faceret:

„Procurator absentis, qui pro domino vinculum obligationis suscepit, onus ejus frustra recusat; et ideo nec judicati actio in dominum datur, aut procuratori denegatur."

Tribonianus hac conclusione, utpote quae haud amplius juris vim haberet, omissa, singularem casum §i 328 proponit, eique generalem regulam §i 332, voce „nam" interposita, addit, quasi ratio decidendi Papiniano ea fuisset, parum curans, quam inepta fiat ratiocinatio:

„Procurator, qui pro evictione etc. — onere non relevabitur: nam proc., qui pro domino vinculum obligationis suscepit, onus ejus frustra recusat."

Etiamsi autem ita Bluhmii sententiam Vatic. minime adjuvari putemus, tamen prorsus eam esse reprobandam, propter 16 illos locos contendere nondum volumus; certe autem adjuvantur inde eae rationes, quibus etiam aliunde in dubium revocari ea potest, scilicet pro magna, qua Papinianum apud veteres florentem videmus, auctoritate, proque insigni, qua inprimis responsa ejus excellunt, brevitate atque proprietate sermonis, ut difficile fere esset mutare (id quod etiam in Paulli aliorumque responsa aliquam certe partem quadrare

putamus), [54]) verisimile non esse, multa in illis scriptis esse interpolata. Cui accedit, quod comparatio locorum ex Paulli rec. sent., quo maxime fere nititur Bluhmius, suspectae certe fidei est testimonium, praesertim cum loci Digestorum iis capitibus similes, quae ex Paullo in Lege dei inveniuntur, Bluhmium haud multum adjuvent.

§. 4.

Quidquid autem id fuerit, id tamen ex Vat. pro certo contendi posse putamus, permulto plus Tribonianum Ulpiani libris applicuisse manus, eorumque formam saepissime prorsus immutasse. Quod ut eveniret, jam ipsa in excerpendis libris a Triboniano ejusque sociis ex Justiniani praescripto observanda ratio effecit; quae scilicet cum id praesertim spectaret, ne in nimiam molem excresceret Digestorum volumen, magnam allegationum copiam, cum adsentientium tum dissentientium largam segetem praestantem, qua Ulpianum sibi placere supra diximus, magna sui parte non decurtare non potuerunt; quod vero ita fecerunt, ut, si qui scriptores recederent ab Ulpiani sententia, iis semper omissis, eorum, qui consentirent, plerumque reciperent certe nomina, quasi inde se hanc recepisse sententiam commendare vellent. Quocum proxime conjunctum est, magnam Ulpiani copiam dicendi saepius nimiam visam esse Triboniano, ideoque et multa alia eum resecasse, rationes decidendi omisisse, ordinem materiarum permutasse, et in epitomen sermonem ejus redegisse, quod vero haud raro ita factum est, ut prorsus immutatae prodirent contrariaeque sententiae. [55]) Id quidem

54) Cf. Paulli resp. in Vatic. fragm. tit. de re uxoria et de excusationibus.

55) Haec omnia ex comparatione §§. 59—89, in quibus ex Ulpiani lib. XVII. ad Sabinum magnam partem accepimus, cum Digestorum locis similibus produnt.

paucis exemplis aliquanto fusius probare, e re nobis videtur:

§. 75. Tractat Ulpianus de sententia Juliani, si communi servo et separatim Titio ususfructus sit legatus, amissam ab altero domino partem non ad Titium, sed ad solum socium pertinere jure accrescendi; reprobari eam sententiam, quae etiam Neratii fuisset, a Marcello, Mauriciano, Papiniano; tamen, certe quantum ad juris eventum, se ipsum verum putare Juliani sententiam:

„nam quamdiu vel unus utitur, potest dici usumfructum in suo statu esse.“

Hucusque, omissis tantum allegationibus, Digesta locum exhibent, [56]) sequentia autem, quibus scil. divergentes sententiae afferuntur Pomponii et Sabini, omittunt; quo autem facto Triboniani sociis, fugitivo sc. calamo excerpentibus, accidit, ut negligerent eam decidendi rationem, quae Ulpiano genuina videbatur, quam vero Pomponii demum sententia allegata protulit. Quum enim Pomponius Julianum reprobasset, quia non magis socio deberet accrescere ususfructus, quam ei, qui fundi habens usumfructum partem ejus proprietario cesserit, vel non utendo amiserit, adjicit Ulpianus:

„Ego autem Juliani sententiam non ratione adcrescendi probandam puto, sed eo, quod, quamdiu servus est, cujus persona in legato spectatur, non debet perire portio.“

Quibus vero omissis inelegantiae juris arguitur „nobilis“ Ulpianus, quae minime in eum cadit.

Alterum exemplum exstat §. 86. 87. Ulpianus tractat eum casum, ubi „matri cum liberis“ usufructu legato, aut mater aut liberi moriuntur. Distinguendum esse ait, utrum testator ita liberos appellaverit, ut legatarii essent, an potius, ut ostenderet, matrem

56) l. 1. §. 2. D. de usufructu accresc. (7. 2.)

ita se velle frui, ut liberos secum haberet; nam etiamsi mater utroque casu liberis mortuis totum haberet usumfructum, in liberis tamen discrimen esse; illis enim, si legatarii non essent, matre mortua, jus accrescendi non competere, neque igitur usumfructum ad eos pertinere, nisi ipsorum jam esset proprietas ex hereditate; itaque quaerendum esse, utrum ita legato liberi legatarii essent accipiendi nec ne; atque Julianum quidem scripsisse, si liberi etiam heredes soli essent scripti, legatarios non esse intelligendos, scil. quia tum a se ipsis inutiliter legatum esset, et jam jure hereditatis matre mortua ususfructus ad eos solos pertineret; sin autem mixti essent extranei heredes, legatarios esse intelligendos, Pomponium putare, et legatariorum jure accrescendi tum usumfructum acquirere posse.

Jam vero neglecta hac juris elegantia, in Digestis [57]) cuncta miscentur, „per omnia similem esse juris eventum;“ tam matri quam liberis amissam partem semper accrescere, sive intelligantur liberi legatarii, sive non: sive heredes soli sint, sive cum extraneis mixti. Tamen veteris elegantiae vestigia et verba retinentur: ac licet quaestio illa de interpretanda voluntate nihil amplius referat, tamen verba tam Juliani, quam Pomponii de ea referuntur, mutata quidem et ita, ut, quid sibi velint, intelligi non possit, neque contradictionem, quae confusione illa introducta est, tollant. Tribuitur enim nunc liberis jus accrescendi a matre legataria, etiamsi ipsi legatarii minime sint; id quod regulae l. 2. pr. eod. tit. „totiens esse jus accrescendi, quotiens in duobus, qui in solidum habuerint, concursu divisus sit ususfructus,“ prorsus est contrarium. [58])

---

57) l. 8. D. de usufructu accresc. (7. 2)

58) Quanti labores inde interpretibus manarint, qui accuratius locum tractantes, juris antinomiam intellexerunt, tamen Ulpianum

Jam vero, propterea quod ita egerunt hoc loco Triboniani sociorumque manus, inde sequi, totum Ulpianum in Dig. tam aegre interpolationibus laborare, nolumus aliquem putare; id tantum effecisse nobis videmur, ut ne nimis sint difficiles interpretes in supponendis Ulpiani librorum interpolationibus. Cujus rei exemplum hoc habe. Quum jam ante reperta Vatic. fragm. in quaestione illa, quinam bello amissi liberi ad evitandam tutelam prosint, cum l. 18. D. de excusationibus. (27. 1.)

Ulpianus lib. 20. ad leg. Jul. et Papiam.:

— „melius probabitur, eos solos, qui in acie amittuntur, prodesse debere,“

parum conveniret l. 1. §. 2. D. de incendio. (47. 9.),

Ulpianus lib. 56. ad edictum:

— „solemus dicere in bello amissum, quod propter causam belli amittitur;“

jam nunc ex Vatic. §. 199. patet, contrariam legi 18. Ulpiani fuisse sententiam:

— „Aristo in acie amissum duntaxat. Ego puto, per tempus belli amissum prodesse debere, ne publica strages patri noceat.“

Quid ergo faciemus? Num Ulpianum variasse probabimus? Anne potius dices, l. 18. Triboniani manus similiter atque locis, de quibus modo diximus, esse operatas? Quid enim, si in libris ad leg. Juliam et Papiam fusius rem tractaverat Ulpianus, et recedentes sententias pro more suo recensuerat („melius igitur probabitur“); eas autem non tantum omisit Tribonianus, sed etiam ipsam ab Ulpiano reprobatam sententiam recepit? Id quod et inde haud paullum adjuvari videtur, quod verba legis, „cujuscunque sexus vel aetatis,“

---

ab ea defendere studuerunt, vide in Ever. Ottonis thesauro jur. IV. p. 113—118.

haud fere congruunt cum hac sententia, optime vero cum ea, quam Vatic. fragm. ex Ulpiano referunt. [59])

§. 5.

Quantum ad Codicem, cujus 14. loci in Vatic. reperiuntur, nil fere novi ex comparatione procedit. Ea, quae Justinianus in praef. C. haec quae necess. iis praeceperat, quorum ope in constit. Codice adornando usus est, in illis locis satis idonea ratione observata videmus. Sane etiam facilius erat, de imperatorum constitutionibus mutare, quam de ICtorum libris. Duo tantum rescripta sunt, quae singulare aliquid continent.

Primum enim §. 42. rescriptum Diocletiani nobis servatum est, quod ad verbum consonans in l. 3. C. de usufructu (3. 33.) Antonino Pio adscribitur ut altera ejus legis pars. Quod quidem Schrader [60]) inde intelligendum putat, quod saepius imperatores in rescriptis prioris rescripti verbis usi sint. Licet autem verum id sit, tamen hic probabile non videtur, tam breve rescriptum Antonini etiam Diocletianum iisdem verbis iterasse, idque illaudato primo ejus auctore (ut §. 314.) fecisse. Potius igitur cum Buchholzio senserimus, cum simile sit argumentum hujus rescripti cum prima legis 3. cit. parte, Tribonianum, caeterum temporis rationem in disponendis constitutionibus observantem, remotius tamen haec, utpote tam brevia, separare noluisse, ideoque Diocletiani rescriptum Antonini adglutinasse. Simili ratione finis l. 2. C. sine censu (4. 47.) (c. 1. C. Th. eod.) ex l. 2. C. Th. de contr. emt. adsumta esse videtur. Tale quid fortasse saepius in Codice accidit.

Majoris autem momenti mutationem in l. 2. C. de

---

59) Cf. Rudorff Vormundschaftsrecht. II. p. 144. Glueck Pand. Comm. XXX. p. 208—218. ibique citt.

60) Tüb. krit. Zeitschr. I. p. 177.

donat. quae s. modo (8. 55.) coll. c. §. 283. invenimus. Hic enim §. rescriptum Diocletiani continet, eadem subscriptione, qua rescriptum legis 2. cit. venit; eadem quoque initii verba sunt, tum autem prorsus contraria sententia; quum enim l. 2. donationem ad tempus valere dicatur, §. 283. talem donationem irritam esse legimus. Certe rescripto singularis suberat casus, quum neque proprietatem, neque usumfructum ab eo, ad quem rescriptum est, transferri potuisse dicatur §. 283.; ideoque, ut cum jure communi conveniret, prorsus mutandum erat. Quod autem non omnino id rejecit Tribonianus, quum jam in Dig. l. 42. de mortis causa donatt. (39. 6.) satis is casus esset decisus, inde fortasse intelligendum est, quod jam in vetere Codice adornando rescriptum ita erat mutatum, ideoque quasi genuinum etiam in novum Codicem transmigravit.

§. 6.

Jam id solum restat, ut ex eo interpolationum genere, quae propter mutata juris praecepta factae sunt, si de quibusdam Vat. fr. certiores nos fecerunt, ea proponamus. Non desunt. Immo denuo nos admonent, ne nimium fidei in rebus, quae ad historiam spectant, concedamus tam Digestis, quam Codici; praesertim ne jam id pro sufficiente genuini ex vetere scriptore sumti contextus testimonio habeamus, quod saepius id, quod suspectum est, reperimus; unde ne ad frequentem quidem alicujus juris priori tempore usum, si omnino tum jam exstitisse constat, concludi potest. Id enim non licere, quum jam ex ratione, quam in excerpendis ICtorum libris sequi debebat Tribonianus cum sociis, sequatur, iterum atque iterum confirmatur iis, quae de vetere juris conditione comperimus ex Vat. fragm. Ejusmodi enim exempla multa exstant: §. 71. 80. 89., ubi legitur verbum „mancipatio," quum in

Dig. [61]) sit „traditio"; §. 44., ubi verbum „fiducia", quum in Dig. [62]) „pignus"; §. 11., ubi „usurae centesimae," quum in Dig. [63]) „legitimae". Porro exempla omissi discriminis inter antiqua legatorum genera v. §. 83. 87. 88.; [64]) inter directas et utiles actiones §. 83. [65]) (cf. §. 90.); [66]) neglecti patronorum in liberti bona juris succedendi §. 225. [67]) Accedit, quod ex titulo de usufructu liquet, ubi in Dig. de servitutum cessione sermo est, licet non semper, tamen permultis [68]) in locis proprie fuisse scriptum „in jure cess."; et quod ex titulo de cognitoribus ea confirmantur, quae jam ex Cajo colligenda erant, saepissime in Dig. pro „cognitor, praesentis procurator, absentis procurator" positum esse „verus procurator, praesentis procurator, procurator," vetere discrimine sublato. De aliis ejusmodi interpolationibus v. infra tit. de foro rei sitae ad §. 326., de donationibus revocandis ad §. 254., de mulierum tutoribus ad §. 110., de rei uxoriae actione ad §. 112. de excusationibus ad §. 257. etc.

61) l. 12. pr. §. 3. D. de usufructu. (7. 1.) l. 5. §. 1. D. de usufr. accresc. (7. 2.)
62) l. 49. §. 1. D. sol. matr. (24. 3.)
63) l. 13. §. 26. D. de act. emti vend. (18. 2.)
64) l. 3. §. 2. l. 8. D. usufr. accresc. (7. 2.)
65) l. 3. §. 2. eod.
66) Cf. infra tit. de usufr. §. 2.
67) l. 24. D. de excusat. (27. 1.)
68) l. 5. §. 1—3. l. 10. 11. 14. 22. D. de S. P. R. (8. 5.)

Pars secunda.

De jure judiciario.

Titulus I.

De cognitoribus et procuratoribus.

§. 1.

De cognitoribus et procuratoribus ultimus Vatic. fragm. titulus scriptus est, isque, licet perbrevis valdeque sit mutilatus, tamen haud parvi est momenti, quia inde ea, quae jam antea apud Isidorum, Ciceronem et Cajum de cognitoribus legebantur, ita supplentur, ut nunc demum, collatis his omnibus, vera componi possit cognitorum notio, et pro certo constitui eorum a procuratoribus differentia. [1])

Antiquitus Romanis cum jurium ratione quam maxime visum esse consentaneum, ne quis alieno nomine aut agere aut excipere posset, inter omnes constat. Inde autem sequebatur pro more Romanorum, ut, quum sensim incommodius id fieret, et per alios quoque litigandum esse videretur, non statim prorsus libera pro aliis agendi facultas daretur, sed ut sensim tantum

1) Scripserunt de hac re post reperta Vat. fr. Bethmann Hollweg: Versuche über einzelne Theile des Civ.-Proc. Nro. III. Muehlenbruch Cession der Forderungsrechte. Ed. III. p. 61—68. Buchholz, excursus III. ad Vatic. fragm.

id obtineret, [2]) et initio, nisi qui certis formulis conditionibusque ad litigandum esset constitutus, pro aliis agere non posset. Haec cognitoris origo. Cognitorem enim antiquiorem esse procuratore, quod jam inde probabile videri potuit, quod legitimus [3]) actus est cognitoris datio, et quod adhuc Cicero [4]) non nisi cognitorem pro altero petere posse dicit, nunc etiam inde probatur, quod praetores initio de cognitoribus proposita edicta postea etiam ad procuratores transtulisse Vat. fr. §. 322. 323. legimus.

Formulae ipsae in constituendis cognitoribus usitatae e Cajo satis jam liquent. Addimus igitur ea tantum, quae Vat. nova produnt. Neque sub conditione recte dari potuisse cognitorem dicit §. 329., ita ut e verbis „non magis quam mancipatur, aut acceptum vel expensum fertur," merito argumentandum videatur, inter legitimos actus (de quibus l. 77. D. de R. J. est scripta,) cognitoris dationem esse referendam, praesertim cum tantum habuerit rigorem hoc praeceptum, ut ejus quoque conditionis adjectione vitiaretur cognitoris datio, „quae, non expressa, tacite inesse videretur." Ideo mulieribus ad cognitorem constituendum tutoris auctoritas opus fuisse videtur (Ulp. fr. XI. 27.), quod certe negatur in procuratore constituendo §. 327. Inde etiam initio cognitoris ipsius quoque praesentiam in constituendo opus fuisse non negaverimus, licet Caji tempore contrarium jus in usu erat; itaque hac ratione conciliandus cum Cajo IV. §. 83.:

---

2) Primum in illis causis obtinuisse videtur, quas Auct. ad Herenn. II. 13., ut videtur, ex lege aliqua sumtas refert: „Ut major annis LX., et cui morbus causa est, cognitorem det."

3) Caj. IV. 83. 97. Vat. fr. §. 318. 319. 329. Vide etiam infra §. 2.

4) Cic. pro Roscio c. 17. Auct. ad Herenn. not. 2. cit.

„Nec interest, praesens an absens cognitor detur,“ videtur Festus, epit. h. v.:

„Cognitor est, qui litem alterius suscipit coram eo, cui datus est;“

deinde Isidorus, different. lit. C. Nro. 123.:

„Cognitor praesens praesenti a praesente datur.“ 5) Ipsarum autem formularum in usu vetus rigor etiam hic, ut in multis aliis rebus, postea mitigatus est, ut Papinianus diceret:

§. 319.: „Etiam graecis verbis cognitorem dari posse, inter omnes constat,“

et Ulpianus:

§. 318.: „Non sic putat certis verbis cognitorem dari debere, ut, si quid fuisset adjectum vel detractum, non valeat datio, ut in legis actionibus.“

Quo ex loco interpretatio accedit ad Caj. IV. 97:

„— cum certis et quasi solennibus verbis substituatur cognitor.“

Ita si accipis cognituraе notionem (fuisse igitur eos, qui primi Romae alieno nomine litigare poterant), optime congruere videbis, quae accuratior eorum refertur natura. Ex ipsa enim jam constituendi formula, qualem apud Cajum (IV. 83.) legimus, sequitur, quod Isidorus 6) dicit: „nonnisi liti i. e. judicii expediendi gratia cognitorem dari posse, et adversus eum solummodo lite contendere posse, adversus quem constitutus esset.“ Porro autem ex constitutionis forma „quia

---

5) Postea, praesertim posteaquam apud acta constitutus procurator cognitoris loco haberi coeperat, cognitoris dationem saepe coram judice esse factam, dissimile veri non est, indeque intelligitur interpretatio Visigoth. ad c. 7. C. Th. de cognitor.: „Cognitor est, cui sine mandato causam suam agendam praesens praesente judice litigator injungit.“ Cf. infra h. t. §. 3.

6) Different. lit. C. Nro. 123.

praesens a praesente praesenti constituebatur cognitor,“ sequebatur, ut et dominus constituens obligaretur, quae cognitor faceret, quasi ipse fecisset, in se recipere, et adversarius obligaretur, ut cum cognitore, sicuti cum domino ipso, litem contestaretur. Inde vero iterum sequebatur, quae ratio intercedebat inter cognitorem et dominum quantum attinebat ad litem ipsam peragendam, ut scilicet, quamdiu lis penderet, domini loco esset cognitor, lite peracta ipse dominus egisse videretur. [7]) Itaque cognitor, quia domini loco erat, rem in judicium deduxit, neque rem ratam habiturum dominum satisdare cogi potuit; [8]) quia vero ipse dominus non erat, sed domini tantum loco, et post litem peractam ipse dominus egisse videbatur: si ad defendendum erat constitutus, non ipse, sed dominus judicatum solvi satisdare jubebatur, [9]) et lite péracta, licet ipse litem contestatus esset, judicati actio ei vel in eum non competebat, sed tantum domino et in dominum. Idque jam ab initio ita sese habuisse putamus, quum ea esset cognitorum origo, ut nonnisi liti peragendae constituerentur, plus igitur juris in eos non conferretur; unde etiam neque de rato neque judicatum solvi satisdare cogebantur, sc. quia res ipsa nullatenus ad eos pertinebat. Quodsi, ut e Cajo IV. §6. apparet, condemnatio in formula actionis in cognitoris personam convertebatur, non obstat, quia tum etiam in judicati actione intentio a cognitore sumi,

7) Inde interpretandus nobis videtur Ascon. in Cic. divinat. §. 11.: „cogn. qui praesentis causam novit, et sic tuetur ut suam; ergo dicit cognitorem familiarissimum defensorem.“ Nam eos maxime datos esse cognitores, qui optime rem nossent, amicos igitur, verisimillimum est. Cf. etiam Cic. pro Roscio c. 18.: „quid interest inter eum, qui per se litigat, et qui cognitor est datus?“

8) Caj. IV. 98. Vat. fr. §. 317. init.

9) Vat. fr. §. 317. Caj. IV. 101.

condemnatio in domini personam converti potuit. Igitur in procuratoribus demum, ubi, ut mox videbimus, prorsus alia intercedebat ratio, praetor edixit, se judicati actionem procuratori ipsi et in eum daturum. Ita interpretanda nobis videntur verba §. 317.:

„cognitore interveniente judicati actio domino et in dominum datur: non alias enim cognitor experietur, vel actioni subjicietur, quam si in rem suam cognitor factus sit. Interveniente procuratore judicati actio ex edicto perpetuo ipsi et in ipsum, non domino et in dominum competit.“

Nam quod Hollwegio [10]) inde, quod edicto perpetuo procuratori et in eum judic. actio data esse dicitur, sequi videtur, eodem edicto cognitori eam esse denegatam et domino datam; e contrario ex ipsis verbis liquere putamus, id, quod de procuratoribus ex edicto refertur, opponi iis, quae, velut antiquo jure constituta, antea de cognitoribus dicta sunt. Et quod Muehlenbruchius [11]) utiles actiones domino datas esse dicit propter l. 27. D. de procurat. (3. 3.):

„— domino erit danda utilis actio, directa penitas tollenda;“

quam de cognitore proprie locutam esse putat; jam Schillingius [12]) notavit, hoc non esse probandum, quum antea in lege illa dicatur: „licet procuratori commissa sit stipulatio“ (judicatum solvi), at pro cognitore dominum eam satisdationem interposuisse constet.

§. 2.

Longe alia autem initio fuit procuratorum natura. Eos enim initio singulis litibus peragendis minime esse

10) Versuche citt. p. 176. 177.

11) Cession cit. p. 65. n. 124.

12) Bemerkungen über Röm. Rechtsgesch. p. 264. n. 728.

propositos, sed eam potius fuisse eorum originem, quod ii, qui extra Italiam rei publicae causa abesse deberent, vel ipsorum causa peregrinarentur, nominarent, qui „pro curatore“ sibi absentibus essent, et, veluti juris sui vicarii, bona sua administrarent, bene ostendit Huschkius [13]); quocum etiam congruit Isidorus (l. c.):

„procuratores res omnes administrant.“

Indeque etiam venisse videtur, quod procurator, „si aliquam actionem inferre vellet, cogeretur adversus omnes absentem defendere.“ Vat. fr. 330. coll. 328. 332.

Quantum autem ad singulas lites peragendas attinet, quominus etiam ibi prorsus alia inter procuratorem et dominum intercederet ratio, quam in cognitura, fieri non potuit. Cum enim procurator ex solo mandato litigarit, litis dominus adversario inde neque obligari potuit, neque ex litis contestatione adversarii cum procuratore jus acquirere potuit, quae sc., ut contractus, inter contrahentes tantum jus facere posset. Ideo procurator totam rem ut suam egit, neque domino aliud jus ac quisivit, nisi quod mandatum ei praebebat. Inde autem factum est, ut procurator, si ageret, satisdare juberetur, rem ratam habiturum dominum, cum dominus iterum de eadem re experiri potuerit (Caj. IV. 98.); et si defenderet, quoniam nemo rei alienae sine satisdatione defensor idoneus intelligeretur, ipse judicatum solvi satisdare compelleretur. Caj. IV. 101. Vat. 317. Lite autem peracta, quoniam „procurator obligationis vincula susceperat,“ ipseque totam rem agere videbatur, „neque onera obligationis recusare potuit,“ i. e. judicati actionem a se repellere, neque vero ipsi quoque judicati actio, si vicerat, denegabatur; domino autem non magis

13) Excursus V. ad Cic. or. pro Tullio in G. Huschkii analectis litt. p. 286. 599.

dabatur, quam, si victus erat procurator, in eam competebat. Vat. 332.

In procuratore autem constituendo non opus fuisse formis illis, quibus in cognitore, delecisse igitur in eo, quaecunque in cognitore inde sequebantur, quod legitimo actu constituebatur, jam ipso jure inde liquet, quod solo mandato constituebatur, ex eoque solo erat dijudicandus. (Cf. Vat. 333.)

Quantum ad facultatem attinet, quinam potuerint cognitores procuratoresve vel dare vel dari, certe [14]) ex edicto illo, quod §. 322. refert, discrimen amplius non exstitit, quoniam ibi edixit praetor, ut, qui prohibiti essent dare vel dari cognitores, iidem etiam procuratores dare vel dari arcerentur. [15])

§. 3.

Quave ex diversa cognitorum procuratorumque origine nonnisi ipsa juris elegantia proficiscebatur differentia, quam recensuimus, similis multis aliis in jure Romano tunc temporis obtinentibus, quum liberiores ex jure gentium formae ex praetoris nimirum peregrini jurisdictione recipiebantur quidem Romae, at non ita obtinere poterant, ut antiquum jus civile prorsus tollerent.

Quum autem sensim fieret, ut etiam in singulis litibus procuratorum, sicuti cognitorum, maximus esset usus, itaque in eo tantum remaneret differentia, ut illi juris civilis, hi juris gentium essent, exaequato magis magisque cum jure civili jure gentium, fieri non potuit, quominus etiam inter cognitores et procuratores magis evanescerent differentiae. Idque factum esse, ita ut ne Ulpiani quidem tempore prorsus sublata esset ea diffe-

14) Cf. Dupont, Diss. in Comment. IV. Caji. II. 8.

15) Inde explicandam esse l. 43. §. 1. D. de procurator. (3. 3.) bene vidit Keller, Litis Contest. p. 328. n. 6.

rentia, iterum confirmatur Vat. fr. E quibus etiam specialiter de ratione, qua factum id sit, et quae aut remanserint, aut nova constituta sint discrimina, bene edocemur. De iis nunc disputandum.

Posteaquam usu venisset, ut procuratores singulis etiam litibus praeponerentur, tum praeter formam ea potissimum ratione distabant a cognitoribus, quod eorum constitutio non eandem quam cognitorum praebebat adversario securitatem, ideoque dominorum loco agere videri non poterant, sed potius suo ipsorum nomine agere videbantur; inde satisdationis rem ratam habiturum dominum necessitas, inde judicati actio non dominis et in dominos, sed ipsis et in ipsos, competens. Simulac igitur constabat, eandem securitatem, quam solemnis cognitoris constitutio praebebat, etiam forma illa deficiente in procuratore posse effici, consequens erat, ut pro cognitore etiam fere haberetur procurator. Quum autem securitas illa in eo esset posita, ut cognitorem constituens cum adversario quasi contraheret de lite per cognitorem peragenda, primum eum procuratorem cognitoris loco habebant, si quem dominus in loco judicii praesens coram adversario constituebat. Tum enim dominus adversario mandare videbatur, ut cum procuratore litigaret, indeque procuratoris facta in se recipere obligabatur, neque mandatum a procuratore ignorante adversario revocare licebat. [16]) Morte quidem domini etiam tum ignorante adversario mandatum solvebatur; at, quum praesens esset dominus, mors ejus adversarium latere haud facile potuit, et certe post litis contestationem mors domini alicujus momenti haud amplius fuit. [17]) Probantur haec §. 333., desumto ex Papiniani lib. XV. responsorum:

16) l. un. C. de satisdando. (2. 57.)

17) l. 1. C. Th. de cognitor. (2. 12.)

„Absentis procuratorem satisdare debere de rato habendo, recte responsum est. Multis enim casibus ignorantibus nobis mandatum solvi potest, vel morte vel revocato mandato. Cum autem certum est, mandatum perseverare, id est, cum praesens est dominus, satisdationis necessitas cessat.“

Constitutionem illam procuratoris Justiniani tempore in judicio fieri debuisse, dubium non est; [18]) utrum autem jam Papiniani tempore opus id fuerit, non satis liquet; at magis esse videtur, ut negemus, quum l. 65. D. de procurat. (3. 3.) legamus, etiam absentem dominum sine auxilio judicis solis litteris ad adversarium datis efficere potuisse, ut procurator procuratoris praesentis loco haberetur; cui accedit, quod §. 317. (cum quo conferendi §. 331. 333.) apud acta factus procurator praesentis procuratori quodammodo opponi videtur:

„(Apud acta facto) procuratori haec satisdatio remitti solet. Nam cum apud acta nonnisi a praesente domino constituatur, cognitoris loco intelligendus est. — Procurator judicatum solvi satisdare compellitur; quae satisdatio adeo necessaria est, ut eam remitti non posse, etiamsi apud acta procurator constituatur, D. Severus constituerit.“

Quo ex loco etiam videmus, si postea procurator, cujus mandatum quolibet loco apud acta insinuatum erat, „veluti praesentis procurator intervenire intelligebatur,“ [19]) Papiniani vel Ulpiani [20]) tempore nonnisi a praesente domino apud acta constitutum procuratorem praesentis procuratorem esse intellectum.

---

18) §. 3. 4. J. de satisdation. (4. 11.) Theoph. ad h. l. l. un. C. de satisdando. (2. 57.)

19) l. un. cit. §. 3. J. cit.

20) Latet enim, utrius sit §. 317. Vat. fr.

Jam vero, si ita constitutum procuratorem cognitoris loco haberi §. 317. 331. dicitur, id solum intelligitur, talem de rato cavere opus non habere; nam judicati actio, observata antiqua ratione, causa demum cognita domino et in dominum dabatur (§. 331.), quum ex edicto perpetuo ipsi tantum procuratori et in ipsum competeret (§. 317. c. f.); et judicatum solvi cautionem ipse procurator, si defensurus interveniebat, etiamsi apud acta esset constitutus, certe Papiniani tempore interponere necesse habebat (§. 317.). Posteriore quidem tempore etiam haec discrimina evanuere, legimusque:

l. 7. C. Th. de cognitor. (2. 12.):

— „si procurator praesentis usus fuerit — judicati actionem sine ulla cunctatione in dominum dari, vel domino.“

§. 4. J. de satisdation. (4. 11.):

„si praesens procuratorem dare paratus est, potest ipse — procuratoris personam per judicatum solvi satisdationis stipulationes firmare.“

Prorsus contra ex antiquo procuratorum jure absentis procuratorum judicatum videmus in fragm. nostris:

§. 330. „Si procurator absentis aliquam actionem absentis nomine inferre velit, cogendum eum, adversus omnes absentem defendere.“

§. 333. „Absentis procuratorem satisdare debere de rato habendo, recte responsum est.“

§. 332. — „ne judicati actio post condemnatum procuratorem (absentis) in dominum datur, aut procuratori, qui vicit, denegatur.“

Hoc vero sublatum videmus l. 27. D. de procur. (3. 3.):

„licet procuratori commissa sit stipulatio, tamen domino erit danda utilis actio, directa penitus tollenda;“

ubi quidem interpolationem intercedere dubium esse non potest.

Jam quum procuratoris praesentis notionem sensim latiorem esse factam viderimus, ita ut Justiniani tempore tam cognitor, quam praesentis procurator, quam si quis apud acta insinuato mandato, vel coram judicio, vel litteris ad adversarium missis, vel libello principi dato*) procurator constitueretur, procuratoris praesentis notione continerentur, cognitorisque loco haberentur: facili negotio liquet, haud uni Digestorum loco inde interpolationes oriri oportuisse, quum modo pro cognitore praesentis procurator, modo pro cognitore vel praesentis vel absentis procuratore simpliciter procurator sit scribendus. Ejusmodi exempla permulta sunt.[21]) Vide l. 27. 28. 39. §. 6. 7. l. 40. §. 2. l. 65. 76. 78. §. 1. D. de procurat. (3. 3.) l. 9. §. 6. D. de jurejurando. (12. 2.) l. 86. D. de solutionibus. (46. 3.) Prae caeteris stultissima sane ratione ita interpolata est l. 10. D. judicatum solvi. (46. 7.)

Titulus II.

De foro rei sitae.[22])

§. 1.

Neminem ante reperta Vatic. fragm. ulla subiit dubitatio, quin, quod nos dicimus forum rei sitae, Romae quovis tempore in usu fuerit; certis enim territoriis Romanorum magistratus fuisse praepositos constat, et, quod rebus ita se habentibus locum habere potuit forum,

---

*) l. 21. D. ratam rem haberi. (46. 8.)

21) Cf. Keller Litis Contest. u. Urtheil. p. 325. sqq. Bethmann-Hollweg, Muehlenbruch, ll. cc.

22) Cf. Bethmann-Hollweg, Versuche über einz. Theile d. Theor. d. Civ.-Proc. I. p. 53—77. Heffter i. Archiv f. d. civil. Praxis. X. p. 203. 599

utilissimum videtur, neque ullus eo usque locus contrarium indicaverat. Prorsus igitur necopinato accidit, ut nunc aperte in Vat. legamus §. 326.:

„Divi Dioclet. et Constantius Aur. Agemacae:
Actor rei forum, sive in rem sive in personam sit actio, sequitur, unde perspicis, non ejusdem provinciae praesidem adeundum, ubi res, de quibus agitur, sitae sunt, sed in qua is, qui possidet, sedes ac domicilium habet;" — —

unde igitur constat, certe usque ad Diocletianum forum rei sitae a Romanis alienum fuisse.

Nam ut in dubium vocemus hujus rescripti fidem, nulla adest causa, cum, ut interpolationes, quae fieri potuerint, taceamus, neque in Dig. neque in Codice, quod infra demonstrabimus, locus Diocletiano antiquior inveniatur id forum agnoscens; imo ea in Cod. recepta constitutio, qua id primum vere agnoscitur, ita scripta videatur, ut ea primum introductum esse putes.

Atque etiamsi accuratius veteris juris Romani rationem habemus, fere ne mirum quidem esse, certe bene intelligi posse videtur, tale forum in usu antea non fuisse.

Initio enim Romanis aliud forum, nisi ipsam urbem, esse non potuisse liquet; postea autem, cum ex rerum natura et in jus vocandi ratione id quidem non obtinere non potuisset, ut actor rei forum sequi deberet, causa prorsus defecit id etiam introducendi, ut cum reo, si ab eo res peteretur, ibi quoque litem contestari posset petitor, ubi sita esset res. Neque enim partium actoris tantus favor erat, ut loca, quibus petere posset, quovis modo augenda viderentur, neque litis recte peragendae opportunitas deerat, si reus domicilium in alio loco habebat, in alio res sita erat, ut eam ob causam forum rei sitae addere compellerentur. Erat enim regula juris antiqui, omnem condemnationem pecuniariam esse, unde efficiebatur, actionibus quoque in rem insti-

tutis reum nonnisi indirecte cogi posse, ut rem restituere; quod haud minus ab alio magistratu, quam sub cujus jurisdictione res sita erat, perfici potuit.

Sin autem, quam diximus, causa fuit fori rei sitae olim non introducti, seriore aevo, cum rem ipsam in litibus spectari, eaque ut restitueretur, manu militari coactio increbresceret, necessario eveniebat, ut pedetentim hoc forum moribus legibusve introduceretur. Cujus rei primum, ut ita dicam, praeludium fortasse in eo quaerendum est, quod, si missiones in posessionem peterentur, id ibi fieri debuit, ubi res sitae erant. Propius ad rem ipsam, de qua quaerimus, accedit, quod, cum jam pridem in rem actiones contra eos essent instituendae, qui rem possiderent, vel tantum alieno nomine tenerent, [23]) etiamsi dominus alibi domicilium haberet; Constantinus c. 2. C. ubi in rem (3. 19.) praecepit, vicarios illos, ita conventos, dominum nominare debere, ut is interveniret, et, si alia in provincia degeret, ipse ejusve procurator in loca, ubi praedium situm esset, perveniret ad excipiendas actoris intentiones: ita enim factum est, ut lis in foro rei sitae coepta ibi quoque finienda esset.

§. 2.

Quum igitur forum rei sitae prius, certe adhuc Diocletiani tempore, nondum in usu fuisse dubitatio extare non possit, inquirendum est, ii Codicis vel Digestorum loci, ubi ejus fori mentio facta videtur, utrum pro interpolatis sint habendi, an potius alium in modum, quam ante Vatic. fragm. fieri consuevit, sint interpretandi. Sunt autem pauci, quorum qui maxime obstare videntur, hi sunt:

---

23) l. 9. D. de rei vindicat. (6. 1.)

l. 38. D. de judiciis (5. 1.). Licinius Rufus libro regularum:

„Quod legatur, si per personalem actionem exigetur, ibi dari debet, ubi est; nisi dolo heredis subductum fuerit: tunc enim, ibi dari debet, ubi petitur. Praeterea quod pondere etc. continetur, ibi dari debet, ubi petitur. — Si autem per in rem actionem legatum petetur, etiam peti debet, ubi res est."

Ex hoc loco propter verba finalia „etiam peti debet" Donellus [24]) non tantum forum rei sitae in usu fuisse, sed etiam exclusivum, ut dicunt, fuisse, probari putavit. Contra eum Hollwegius [25]) recte notavit, nullo modo locum ita interpretandum esse: nam si integer esset, Rufum ipsum eo sensu non scripsisse, ex Vat. liquere; si autem interpolatus esset, prorsus veri esse dissimile, Tribonianum talem regulam, exclusivum esse illud forum, hoc uno loco in integris Dig. et Codicis voluminibus tam occulte proposuisse. Esse igitur, cum omnino de foro in hoc loco sermo non sit, potius ita interpretandum, ut secundum verbum „petere" non ea significatione accipiatur, qua pro „agere" venit, sed hoc sensu: „si in rem actione petetur, ibi etiam rem praestari (peti) debet, ubi est."

l. 3. C. ubi in rem (3. 19.). Valentin. Theod. Arcadius (a. 385.):

„Actor rei forum, sive in rem sive in personam sit actio, sequitur. Sed et in locis, in quibus res, propter quas contenditur, sitae sunt, jubemus in rem actionem adversus possidentem moveri."

Hoc autem loco primum introductum esse forum rei sitae, ex verbis „sed et — jubemus" sequi videtur;

24) Comment. in Pand. XVII. 17.

25) Versuche cit. p. 74.

fortasse quidem ita tantum, ut, quod jam usu obtinuisset post Constantini supra citatam legem 2. eod. t., hoc edicto ab imperatoribus sanciretur.

Exceptio ab antiqua regula, etiam in actionibus in rem actorem forum rei sequi debere, jam ante Diocletianum a Valeriano et Gallieno constituta esse, propter l. un. C. ubi de hereditate agatur (3. 20.), Hefftero visa est: scilicet, hereditatem peti potuisse in foro hereditatis sitae, si possessorem actor comprehendere ibi potuisset. At Bethm. Hollw. bene contra ostendit, rescriptum illud:

„Illic ubi res hereditarias esse proponis, heredes in possessionem rerum hereditariarum mitti postulandum est. Ubi autem domicilium habet, qui convenitur, vel si ibi, ubi res hereditariae sitae sunt, degit, hereditatis controversia erit terminanda,“

ita esse interpretandum: possessio rerum quaerenda est, ubi res sunt; hereditatis petitio autem ibi est instituenda, ubi domicilium habet reus, non ubi sitae sunt res; nisi forte reus domicilium habet eo loco, quo sitae sunt res.

Titulus III.

De judicibus et magistratibus.

§. 1.

Quod passim apud veteres [26]) legimus, haud raro judicandi munus molestum esse visum civibus, ideoque excusationibus esse usos, §. 194. 197. 198. ita confirmatur, ut doceamur, in Augusti legibus judiciorum tam

26) Heineccii antiqu. jur. IV. 17. §. 3.

privatorum, quam publicorum, etiam de excusationibus a judicando fuisse cautum. Certe autem excusatio propter liberos, de qua sola legimus, unica non fuit. Quemadmodum hae excusationes fuerint conjunctae cum illis, quae in tutelis competere possunt, de eo vide infra tit. de excusat.

§. 2.

In §. 295. Buchholzius „antiquissimum judicii militaris in rebus civilibus" vestigium reperire sibi visus est. Rescribunt Severus et Antonius imperatores Atilio cuidam, quem militem esse inscriptio docet, donationes a patre in fratrem ejus, qui usque ad mortem in patris potestate perseverasset, factas, nullius momenti esse. Jam addunt:

„De patris igitur bonis dividundis cum fratre tuo apud eum, sub quo meres, consiste."

At nil singulare his verbis inesse videtur, quum ante Constantinum rectores provinciarum tam jurisdictioni civili, quam rei militari praefuisse constet. [27]) De judicio militari igitur minime est cogitandum, quippe quod ab Honorio demum imperatore in causis civilibus est introductum. [28])

Titulus IV.

De plus petitione.

De plus petitione, quae re fit, duo §§. agunt.

Non eum plus petere videri, qui actione sua non exprimat, se non petere, quod per leges non liceat petere; sed eum tantum, qui, cum per leges quidem

27) Cf. l. 2 C. Th. de jurisdictione. (2. 1.)
28) l. 1. C. J. de jurisdictione. (3. 13.)

plus juris habere possit, at propter pactum vel aliam causam, non omne, quod per leges possit, habeat jus, tamen intentione tantum amplectatur, quantum per leges fieri possit, ut ei competat: itaque, licet ususfructus ad tempus constitutus cum adjectione temporis sit vindicandus, tamen usumfructum in statu libero constitutum simpliciter posse vindicari. Quum enim statu liber, simulac existat conditio, ipso jure fiat liber, ususfructus igitur in eo constitutus extinguatur, is, qui simpliciter in eo usumfructum vindicat, in perpetuum usumfructum intendere non magis intelligi potest, quam is, qui, in alia re simpliciter constitutum usumfructum vindicans, non adjicit casus, quibus solet amitti ususfructus. §. 52.

Aliter interpretatur Heffter [29]), ad tempus constitutum usumfructum tantum condici posse, alios vindicari censens, ideoque ita locum legens:

„Usumfructum ad certum tempus constitutum cum adjectione temporis sui dari (caet. vindicari) debere. Diversum est, si in statu libero constitutus sit; tunc enim jure (caet. pure) vindicandus est.“

Sed constituendi verbum, quo Vat. fr. utuntur, in loco de servitutibus solemne est de jure ipso, quod vindicatur, non de obligatione ad jus constituendum, quod condici possit; cui accedit, quod postrema nostri §i verba aperte ad plus petitionem pertinent:

§. 53. „Si altius tollendi agit is, qui in infinitum tollendi jus non habet, si non expresserit modum, plus petendo causa cadit, quasi intenderit, jus sibi esse in infinitum tollere.“

Inde probari Buchholzio videtur sententia Hugonis, altius tollendi servitutem eam esse, qua prior competens

29) Observat. ad Caji Instit. l. IV. p. 93.

servitus altius non tollendi esset sublata. Quae vero sententia, a Schillingio [30]) et Schradero [31]) satis rejecta, ne minimum quidem hoc §. adjuvatur, quippe quem in Schillingii et Schraderi sententiam, jus, a modo aedificiis lege praescripto recedendi, servitute altius tollendi contineri, aeque quadrare nemo non videt.

30) Bemerkungen über Röm. R. G. p. 143. sqq.
31) Comment. ad J. IV. 6. de action. §. 2.

Pars tertia.

De jure privato.

Caput I.

De jure personarum.

Titulus I.

De cognatis et affinibus. [1])

§. 1.

Doctrina de cognatis et affinibus, quatenus in legibus inter exceptas personas referri solebant, haud paullum adjuvatur iis, quae Vatic. fragm. de lege Papia et Cincia praestant. Videmus enim, legibus Cincia, Furia, Julia et Papia praeter certum cognatorum numerum, quem etiam in aliis legibus legimus, eos quoque, qui exceptorum in potestate matrimoniove essent, fuisse exceptos. Ex quo noviter reperto Klenzius [2]) ingeniose sane tentavit explicare, unde veniat, quod in aliis legibus sex tantum cognatorum gradus, in aliis autem et

1) Cf. Klenzium in Savigny Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissenschaft. IV. Nr. I.

2) Lex Servilia repetund. p. 14. n. 8. Savigny Zeitschr. cit. p. 103. Eum secutus est Schrader ad §. ult. J. de successione cognat. (3. 5.)

in edicto de bonorum possessione unde cognati sex gradus plenos, et ex septimo sobrino natum exceptos reperimus. Dicit enim: Ex unitate personarum, quam apud Romanos inter patres familias eorumque potestati subjectos intercessisse constat, venisse, ut in iis legibus, in quibus invicem a se essent excipiendi cognati, non tantum cognati ipsi usque ad certum gradum, sed etiam eorum qui in potestate essent, exciperentur; quod, de lege quidem Cincia sola disertis verbis expositum, certe generalis regula fuerit. Postea vero praetorem, quum bonorum possessionem cognatis daturus esset, quantum ad numerum cognatorum, civilem quidem rationem, legibus usitatam, observare voluisse, non autem, utpote in jure honorario, iisdem verborum formulis id significare potuisse; ideoque non cognatos, eorumque qui in potestate essent, vocasse ad B. P., sed ipsos liberos cum caeteris vocasse; itaque, cum legibus sobrini tantum propiorisve gradus cognati appellarentur, iis a sobrino natum adjecisse; postea autem alias leges, veluti legem Furiam, Papiam, etiam Severum in oratione de potioribus nominandis praetorem esse imitatos; ita tamen, ut hae pro civili sua natura, iterum eos, qui in cognatorum exceptorum potestate essent, amplecterentur, quo facto exceptio passim ad septem gradus extenderetur.

Quae cuncta cum haud paullum veri similia videantur, id tantum intelligere non possumus, unde factum sit, quod, si legibus sex cognatorum gradus pleni erant excepti cum filiis familias, tum praetor sex tantum gradus plenos vocavit, et ex septimo nonnisi duas personas, sobrino sobrinave natum et natam, cum in caeteris sexto gradu cognatorum liberis eadem certe obtinuerit ratio. Ad id vero intelligendum usui fortasse sit, quod de exceptis lege Cincia cognatis §. 299. Paulus dicit. Interpretatur enim verba legis: „sive quis cognatus cognata

inter se, dum sobrinus propiusve eos," in hunc modum:

„Quinque igitur gradus pleni excepti sunt, et ex sexto una persona, sobrinus et sobrina."

Id quidem Klenzius [3]), qui caeteris legibus sex plenos gradus exceptos esse putat, singulare in lege Cincia fuisse censet, neque ipsius legis mentem eam fuisse, sed ICtos, fortasse solum Paullum, ita eam interpretatione restrinxisse. Quum autem omnes illae leges, quae sobrino natum excludunt ab exceptis personis, eadem, qua lex Cincia utuntur loquendi formula, scilicet: „sobrinus, quive propius sobrino" — (lex Servilia [4]),) „sobrinus, quive propius eorum quemquam" — (l. Pompeja [5]),) „sobrinus propioreve cognatione" — (l. Julia de vi [6]),) „sobrini propioreve gradu cognati" (l. Julia repetund. [7])): inde videre licet, usitatissimam fuisse legibus eam loquendi formulam; ideoque, quum nusquam etiam cum sobrinis pari gradu cognati appellentur, neque ulla a Paulli recedens inveniatur verborum illorum interpretatio; certe verisimile non est, fluctuasse eorum interpretationem, et aliis legibus aliter ICtos haec intellexisse. Nam ubi in aliqua lege totum sextum gradum exceptum videmus, ut in lege Furia, lege Julia et Papia, l. Julia judiciorum, et in edicto de B. P. unde cognati, ibi semper etiam a sobrino nati excepti reperiuntur. Itaque perpensis his omnibus dicendum videtur, illam Paulli interpretationem non ad legem Cinciam esse restringendam, sed in omnibus illis legibus, ubi eadem loquendi formula inveniatur (ideoque in

3) l. c. p. 108. p. 99.
4) cap. VI. VIII.
5) l. 5. D. de injuriis. (47. 10.)
6) Lex Dei. IX. 2.
7) l. 1. §. 1. D. de lege Jul. repetund. (48. 11.)

omnibus ante edictum de B. P.), eam esse adhibendam. Jam vero, quodsi id ita est, patere nemo non videt, quare praetor ex septimo gradu solum sobrino natum ad B. P. vocaverit; quia nimirum, cognatorum liberos vocans, totum gradum assumsit; itaque pro quinto totum sextum gradum, et pro solis sobrinis ex sexto gradu, eorum liberos ex septimo gradu solos vocavit.

Quodsi vero quis quaerat, unde venerit, quod leges illae ex sexto gradu nonnisi sobrinos excipiebant, aliam causam proferre non posse fatemur, nisi fortasse eam, exceptiones visas esse restringendas, ideoque solum quintum gradum totum et ex sexto nonnisi eos, qui pari gradu a communi patrefamilias essent remoti, exceptos esse.

§. 2.

Quae de sobrino nato passim leguntur, ita esse interpretanda, ut quatuor personae intelligantur: sobrino natus, sobrino nata, sobrina natus, sobrina nata (id quod in dubium nuper revocaverat Goldschmidtius,[8]) putans propter verba §. ult. J. de success. cognat. (3. 5.): „sobrino sobrinaque natum," tantum de duplici cognatione esse cogitandum), satis probatur Vat. §. 216., ubi ipsa lege Julia sobrino sobrinave nati excepti dicuntur, natas autem per interpretationem iis adjectas esse[9]) legimus.

§. 3.

Quantum ad affines attinet, ea sententia, inter ipsos conjuges affinitatem intercedere, jam dudum defensa, denuo probatur tum inde, quod lege Cincia conjuges aperte inter affines enumeratos videmus, tum quia §. 262. donationes, quae inter sponsum et sponsam

8) Grolmann u. Loehr Magazin. III. p. 354.

9) Cf. Huschke Studien d. R. R. p. 119. Schrader ad J. l. c. Klenze l. c. p. 105. 106.

sub conditione matrimonii fiunt, contrahendae affinitatis causa factae appellantur.

Affinitatem matrimonio soluto vim suam perdere solere, Vat. confirmarunt, quum D. Pium rescripsisse legamus §. 303., lege Cincia nonnisi eos affines exceptos esse videri, qui tempore donationis essent affines; leges enim, quae voluissent etiam eos excipere, qui fuissent, nominatim id cavisse; quod quidem etiam factum videmus in lege Papia §. 218.:

„affines excipiuntur, qui — socer socrus unquam fuerunt."

Titulus II.

De excusationibus.

Ex eo jure, quod ad pupillorum tutelas spectat, inprimis de excusationibus a tutelis, Vatic. fragm. perlongo titulo multa praestant, adeo ut omni fere ex parte is locus adjutus inde videatur, quod intelligere licet ex Rudorffii de tutelis libri ea parte, quae de excusationibus est scripta. Prae caeteris maximum id est, quod nunc demum certiores sumus facti, quae proprie potioris nominationis, cujus solum fere nomen antea apud Paullum [10]) legi potuit, fuerit ratio atque natura. Praeterea de singulis excusationum causis multa, tam nova,

10) Paulli rec. sent. II. 28. 29. Qui loci in Dig. et Codice de potioris nominatione loquuntur, l. 7. D. de decurionibus (50. 2.) l. un. C. de potior. ad munera nomin. (10. 63.) in muneribus tantum, non in tutela, ejus faciunt mentionem; c. 12. C. qui tut. v. cur. dare possunt. (5. 34.) immerito a nonnullis hic allegatur, cum de speciali tantum a generali curatore ad agendum nominato curatore tractet.

quam nota referuntur; e quibus ea, quae alicujus videntur momenti, praesertim, si quae dubitationis aliquid habent, a nobis proponenda nunc sunt lectori.

§. 1.

Primum de origine totius hujus in tutelis juris secundum Vat. ita videtur esse statuendum, ut imperatorum demum tempore excusationum in tutela obtinuerit usus; idque ea ratione, ut initio singula, quae jam antea in muneribus civilibus recusandis legibus essent constituta, ab ICtis et imperatoribus ad tutelam quoque transferrentur, ab imperatoribus autem id jus certius redderetur, nec non magnam partem augeretur. Quod ita esse, inde probatur, quod non tantum §. 197. 198. ab Ulpiano propter liberos excusatio accuratius definitur ex iis, quae leges Juliae judiciariae in judicandi munere de ea constituerant, sed aperte etiam §. 221. 247. Marcum, munerum exemplo se uti in excusationibus, rescripsisse videmus. Quando autem inceperit haec translatio, certe dici non potest; at verisimile est, tum id esse factam, posteaquam Claudii tempore [11]) onus incepisset esse tutela, ideoque muneris civilis instar haberi. Vetustissimum tamen vestigium, quod nobis in Vat. exstat, epistola Trajani de pistoribus esse videtur, quae §. 233. ab Ulpiano allegatur. Hadriani jam septem non afferuntur quidem, sed allegantur de excusationibus rescripta. Inprimis autem Marco et Septimio Severo res cordi fuisse videtur, quorum recentioris orationem de potioris nominatione et complura rescripta Vat. fr. praestant. Post eum nullum rescriptum nobis exhibetur, quod aut inde est explicandum, quod tituli finis servatus non est; aut inde, quod omnino postea haud amplius tanti momenti habitus est hic locus juris; quae posterior interpretatio inde quoque confir-

11) Cf. Schraderum ad pr. J. de Atiliano tut. (1. 20.)

matur, quod in Justiniani Codice pauca tantum Diocletiani ejusque successorum de hac re extant rescripta.

§. 2.

Duo fuere excusationum genera: aut erant, quae propria appellantur excusationes, aut potioris nominatio, scilicet si quis ita se a tutela liberare vellet, quod ab alio potius eam suscipiendam affirmaret, eumque magistratui commendaret. Namque etiam haec potioris nominatio inter excusationes est referenda, scilicet quatenus is, qui potiorem aliquem probavit, a tutela erat excusandus, licet proprie dici non possit, eum, qui alium potiorem nominat, sese excusare [12]). Certe autem proxima inter utrumque juris locum cognatio intercedit; unde factum est, ut non modo ICti, tam Paullus in sententiis, quam Vatic. scriptores utriusque tractationem conjungerent, sed etiam communia complura inter utrumque inveniantur. Nam tempora, quibus et potiorem nominare, et excusationes allegare licet, eadem sunt; tum sicuti is, qui excusationem allegavit, si probare non potest, aliam allegare potest, si tempora constituta patiuntur, ita etiam, qui potiorem nominavit, neque probare potuit, si per tempora licet, alium nominare potest; tum libertis et primipilaribus in tutelis collegarum eorumve filiorum neque excusationes allegare, neque potiorem nominare licet etc. Non ita tamen excusationum species est potioris nominatio, ut simpliciter caeteris sese excusandi causis sit adnumeranda; graviores enim inter utrasque intercedunt differentiae.

---

12) Ita distinguunt etiam §. 208.: „an is, qui se voluit excusare — postea potiorem nominare possit.“ 207. 160.: „libertas, sicut excusare — ita nec pot. nom.“ et contra §. 157.: „tunc excusandus est, qui prius datus fuerat“ (at potiorem nominaverat.) 117.: „quaero an excusandus sit“ (potior nominatus).

Quum enim excusando se liberare cuivis tutori (testamentario atque dativo certe jam Marci Aurelii tempore §. 156.), licuerit, potiorem is tantum potuit nominare, qui a magistratu erat datus. Testamentariis enim non licuisse, inde concludi potest, quod ne eos quidem, qui, non jure testamento vel codicillis a patre designati, a praetore essent confirmati, nominare posse Severus rescripsit (§. 159.); quod vero tantum in patre observabatur, non autem si a matre tutor erat designatus, sc. quia is prorsus dativus esse videbatur (§. 211.). De legitimis certi quidquam statuere non licet; vide tamen, quae in fine hujus capitis disputabimus. Aliae etiam differentiae in eo spectantur, quod tutor datus, posteaquam frustra potioris nominatione usus est, ad excusationem se convertere non potest; sin autem excusationes allegatas probare non potuit, potiorem tamen nominare adhuc potest; tum quod longe diversus est modus procedendi in excusationibus atque in potioris nominatione probanda. Quarum differentiarum anteaquam exponamus causas atque rationes, opus erit, ut primum, quaecunque singula Vat. nobis praebent de potioris nominatione, conferamus, lectorique proponamus.

§. 3.

Quantum ad eam quaestionem attinet, quinam et quosnam potuerint nominare potiores, secernendum est vetus jus ab eo, quod Severus oratione ad senatum induxit. De illo, quum incertum sit, infra disseretur. Constat id vero ex §. 158., latius patuisse potioris nominandi facultatem, ideoque Severum cohibendam eam putasse, orationemque in senatu habuisse, cujus partem §. 158. exhibet, ut

1) „collegae patris sive pupilli in decuria vel corpore, item cognati vel affines utriusque necessitudinis, qui lege Julia et Papia excepti essent“ omnino

potiorem nominando a tutela liberare se non possent; sed

2) „caeteri cognati vel affines, amicive atque municipes“ eos solos nominare possent, quibus omnino alios potiores nominare ipse vetuisset.

Quodsi inde Rudorffius [13]) generalem regulam deducendam putavit, potiorem nominari non potuisse eum, qui ipse magis potiorem nominare posset, errare videtur; ii enim, qui municipes non erant pupillo, Severi verbis non prohibebantur, quominus pupilli municipem, vel lege Julia non exceptum cognatum nominarent, qui lege Julia exceptum cognatum magis potiorem nominare potuit. Quod inde potissimum probatur, quod §. 206. et 208. aperte dicitur, nominato magis potiorem nominare licere, et §. 166., ubi formula libelli potioris nominationis allegandae proponitur, is, de quo scriptus est, municipem pupilli potiorem nominat. Semper autem nominatum tam re familiari, quam fide potiorem, vel certe idoneum, neque absentem esse necesse fuit, et praetoris magnum fuisse videtur arbitrium, quum §. 117. causam, quod praetor aliquem potiorem non nominaret, legamus: „ne nuptias destinatas eorum impediat.“

Quinam fuerint cognati illi affinesque lege Julia et Papia excepti, quibus potiorem nominandi jus ademit imperator, recenset Ulpianus §. 216. — 219. [14]) Causa quod Severus eas personas a potioris nominatione excipiebat, quae lege Julia et Papia erant exceptae, aut ea tantum erat, quam Rudorffius proponit, quia novissime ea lege erant enumeratae; aut fortasse conjunctio inter jura hereditaria et tutelae officia, cum lege Julia cognatis illis et affinibus solidi capacitas esset concessa.

---

13) Das Recht der Vormundschaft. II. p. 169.

14) Cf. quae supra de iis retulimus, titt. de legibus et de cognatis.

Quod etiam collegae patris pupillive oratione imperatoris comprehendebantur, mirum esse non potest, quum etiam in lege Servilia aliisque inter exceptas personas recenseri eos videamus. Quod autem dixit Severus „patris collegae," id latius accipiendum putaverunt ICti, etiam avum intelligentes, tantum non in primipilaribus. §. 212. — 213. qui ita restituendi nobis videntur:

§. 212. „Nominare autem potiores non possunt in primis [15]) collegae patris, ut d. Severus constituit."

§. 213. „Licet autem patris appellatio in oratione sit, puto tamen latius accipiendam, quamquam circa primipilares hoc jure utimur, ut filio primipilaris dentur soli, nec etiam nepoti."

Melius certe ita restituti §§. cohaerere videntur, quam si cum Vatic. fr. editoribus §. 212. ita legis:

„Nominare — possunt in primipilaris filio, ut, rel.;"

quae restitutio et ideo rejicienda videtur, [16]) quod non intelligitur, quid sibi velit §. 212., quum commune id jus fuerit primipilaribus et caeteris corporibus ex oratione Severi (§. 158.). Quod enim singulare in primipilaribus erat, id §. 213. demum, quocum §§. 141. 143. conferendi, exhibet.

Alia etiam exceptio a communi potioris nominandi facultate ante Severum a divis fratribus oratione ad senatum erat introducta:

---

15) Respondet §. 214.: „Sed nec cognati." — Collegas primo loco in oratione appellaverat Severus. §. 158.

16) Tum etiam subintelligi oportet subjectum „primipilares", quum minor sit lacuna, quam ut cum Rudorffio (l. c. II. p. 175. n. 53.) recipiamus etiam „alii primipilares."

§. 160.: „Libertus, sicut excusare se a tutelis, ita nec potiorem nominare potest.“ Quam quidem orationem Papinianus elegantissime ita commentatus est §. 224.: in numero liberorum etiam nepotes quidem et pronepotes contineri; quum autem proprie aliorum patroni liberorum tutelam suscipere non deberent liberti, quam qui jure patroni sperare id possent (matronae etiam proprie ne liberis quidem tale privilegium prodesse posse, — nimirum quia ad mulieris, quae familiae finis esset, filios jura patronatus transferri nequirent; — tamen, quia oratione etiam patronae liberi essent comprehensi, iis quidem concedendum esse privilegium, neque vero amplius [17]) ideo neque patronae nepotibus, neque iis patroni nepotibus, qui ex filia venirent: nam praeter eos liberos patronorum, qui per virilem sexum descendant, vacatione frui libertos.

Haec respiciens consequenter argumentatur Ulpianus §. 211.: Testamento a patre designatis tutoribus, dummodo a praetore confirmentur, potioris nominandi jus non competere, rescriptum est; at a matre designatis competit: [18]) nam de iis tantum rescriptum est, qui a patre erant designati. Quodsi liberti a patrono designati sunt, tum tantum potiorem nominare non possunt, si filio aliive virilis sexus per virilem sexum descendenti destinati sunt; nam et Papinianus respondet, libertum a patre nepoti, qui ex filia venisset, tutorem destinatum potiorem nominare posse, nimirum „quia praeter eos patronorum liberos, qui per virilem sexum descendunt, vacatione fruuntur liberti.“ Haec Ulpiani in

---

17) Quae uncis inclusimus, Papinianus ipse non dicit; at rationes sunt, quibus motum esse liquere videtur.

18) Testamentarii scil. tutores potioris nominandi jure non fungebantur; pleno autem jure nonnisi patres potestati subjectis testamento tutores dare potuerunt.

§. 211. argumentatio fuisse, indeque ita restituendus is §. nobis videtur:

„— sed hoc erit servandum nonnisi in filio vel alio virilis sexus per virilem sexum descendente, si liberti fuerint tutelae vel curae destinati; nam et Papinianus resp. libertum a patrono nepoti ex filia nato destinatum tutorem posse potiorem nominare."

Aliter restituit Rudorffius: [19])

„— sed hoc erit servandum, etsi liberti a patrona sive nepoti sive alio virilis rel. — patrona nepoti destinatum tutorem rel."

ita interpretans: a matre designati tutores, etiamsi confirmentur, pot. nominare possunt; idque etiam tum, si mater patrona libertos tutores designaverit, dummodo non filio, sed alii descendenti. Primum autem dicendum videtur, omnino mulierem, familiae finem, per virilem sexum descendentes habere non posse, cum etiam ipsius filius per virilem sexum minime descendat a matre. Tum vero apta non videtur haec Ulpiani ratiocinatio. Si enim constabat, nihil facere ad rem in potioris nominatione, si mulier aliquem tutorem testamento tantum designaret, sed pro dativo eum esse habendum, quaestionis etiam esse non potuit, annon a patrona tutores designati liberti in per virilem sexum descendentibus potioris nominandi jure caruerint, quum nonnisi per exceptionem in solo patronae filio liberti eo jure caruerint (ut ipse putat Rudorffius), tum autem, an testamento designatus esset libertus, momenti non esset. Magis conveniens ea videtur Ulpiani sententia, quod, quum initio generaliter dixisset, a patre testamento designatos tutores jus nominandi non habere, adjicit, tamen, si liberti essent designati, in eos tantum

19) l. c. p. 164.

id cadere, quos patronus liberis suis, per virilem sexum descendentibus, tutores destinasset, quia in caeteris vacatione fruerentur, ut etiam Papinianus dixisset. [20])

§. 4.

Ita personis, inter quas potioris nominatio intercedere potuit, inquirendum est de modo, quo ad effectum produci ea potuit; qui quidem ab eo, qui in excusationibus observatur, haud paullum divergit. Difficillimus erat, atque ita nominanti molestus, ut fere ad deterrendos eos ita constitutus videatur. A quonam imperatore ita sit constitutus, non liquet: nam propter §. 210. Marcum Aurelium totius auctorem habere, temerarium videatur. Verisimile est, etiam Severo multa esse adscribenda. [21])

Primum qui potiorem nominare vult, adire debet Praetorem intra idem temporis spatium, quod in excusationibus allegandis observatum videmus (§. 155. 156.). Fit autem ita, ut „is, qui potiorem nominat, libellos quaternos det praetori, aut de plano, aut pro tribunali," ita formatos, ut primum, quando in notitiam venerit, tutorem se esse datum referat; tum quem et quo jure potiorem nominet; nimirum gradum cognationis vel necessitudinis aperte et accurate designans, nomen collegii (non tantum omnino collegam esse) dignitatisve, ubi habitet nominatus, quae sint facultates, an eques Romanus etc., deinde in fine clausulam addat: „rogo, praetor, propter praescriptionis tempora libellos accipere digneris." Depromta sunt haec ex §. 210. et 166., ubi exemplum talis libelli, secundum quod sint

20) Ita quoque opus non est, ut tertio casu (dativo) „alio" Ulpianum usum esse putemus, magisque convenire videntur verba lacunis manuscripti, quum Rudorffii prima restitutio longior, tertia brevior esse videatur.

21) Cf. infra h. t. §. 4.

formandi, nobis exhibetur. „Si forte in horum aliquo deliquerit nominans, sicuti in excusationibus, emendandi ei facultas intra tempus, quo potuit potiorem nominare, conceditur, postea non.“ 210. Qua de causa IV. libelli fuerint dandi, nusquam proditum legimus; fortasse ideo, ut unum apud acta retineri posset, alterum ei, qui tutorem nominantem petierat, daretur, tertium ei, qui potior nominabatur, quartum magistratibus, quorum sub jurisdictione is erat, qui nominabatur.

Quum libelli praetori dantur, etiam petendum ab eo est, ut denuntiatio ex ejus auctoritate fiat ei, qui nominatus est, ut veniat. 167. Qui si venerit, nominans „ex ea die, qua nominavit, deinceps omnibus sessionibus adversus eum, quem nominavit, adire debet, usquedum causam finiat. Caeterum si aliquam sessionem intermiserit is, qui nominavit (dummodo pro tribunali sit; nam quae de plano celebrantur, ei non computantur); praescriptione excluditur.“ 161. Si autem nominatus non venerit ex denuntiatione, libellos dat nominans praetori (167), quibus litteras petit ad magistratus ejus, quem nominavit, ut compellant eum venire; quas litteras acceptas magistratibus dare (proficiscenti in vicena milliaria singulis diebus dinumeratis 162.), ab iisque intra diem decimum rescriptas deposcere debet; „ubi accepit, per dinumerationem simili modo reverti debet, et si sessionem invenerit, pro tribunali reddere praetori, ut ex jure is subnotet sua manu, id quod volet.“ 163. Liquet, si litterae sunt impetratae, non obesse nominanti, si non adierit iis sessionibus, quae ex eo die, quo impetratae sunt, in eum diem, quo reddi praetori rescriptae debent, fuerint. 165.

Is vero, qui nominatus est, triplici modo sese defendere potest: aut se excusans, aut negans potiorem se esse, aut magis potiorem nominans (206.), et „ad omnia haec dies eos habet, quos habent, qui primo loco dati

sunt tutores.“ 209. Quodsi negat, se esse potiorem, amplius nominare potiorem ipse non potest, atque si convincitur, ne excusare quidem se potest ex rescripto Severi. 208. „Sin autem is, qui nominavit, potiorem eum probare non potest, si adhuc intra quinquagesimum diem est, alios potest nominare potiores;“ (164). „ad excusationem autem, etiamsi per errorem ad potioris nominationem prosiliisset, se convertere non potest“ (242.): „nam confitentis est, nullam se excusationem habere, cum potiores quis nominaverit, ideoque nec ferendus est, si quis dicat, se sine praejudicio potiorem nominare, quia excusationem et potioris nominationem simul habeat.“ 207.

§. 5.

Ita exposito potioris nominationis jure, quale Ulpiani tempore in usu fuit, jam restat, ut etiam de vera ejus natura et historia, quae origo, quis finis fuerit, disputemus.

Certe potioris nominationis, sicuti excusationum, antiqua non fuit origo. Etiamsi enim vetustior Marco Aurelio, cujus de ea re antiquissimum est, quod habemus, rescriptum, tamen, quum vetere jure nemo ad tutelae administrationem compulsus sit, et legitimis tutoribus (olim fortasse non tantum mulierum) in jure cessio, testamentariis similiter abdicatio concessae fuerint, tum demum ortam esse verisimile est, quum jus tutores ad administrationem compellendi introduceretur (Claudii igitur aevo [22]), atque dativa tutela increbresceret. Quia enim ex illo tempore tutores, quod antea per partes coeperat, jam plene, neque ulla fere causa excepta, haud amplius propter ipsorum, sed potius propter pupillorum utilitatem a magistratibus dabantur, ideoque aptissimus quisque erat eligendus, consequens

22) Cf. Schraderi annot. ad §. 3. J. de Atiliano tut. (1. 20.)

facile videri potuit, ut is, qui alium melius praefuturum tutelae probare posset, liberaretur. Talis regula in muneribus civilibus jam dudum fortasse observabatur, [23]) ideoque, quum tutela ex illo tempore eorum potissimum ex jure censeri coepisset, cum excusationibus etiam potioris nominatio ab iis ad tutelam transferri facile potuit.

His vero accedit in tutela altera quoque ratio, imo quae Severi tempore principalis fere facta esse videtur. Cum enim ex Claudii tempore onus tutela coepisset haberi, ei se subtrahere, ut quisque potuit maxime, studuerunt; indeque non solum regula illa, „ubi emolumentum hereditatis, ibi onus tutelae," proficiscebatur, sed etiam, licet certus deferendae tutelae ordo nunquam constitueretur, omnino obtinuisse videtur, ut quisque maxime esset conjunctus cum pupillo ejusve patre, ita maxime tutelae munus ei subeundum esse, idque eo facilius debebat fieri, quum plerumque etiam, qui maxime sunt conjuncti cum pupillis, jam inde, dummodo caeterum re familiari fideque idonei sint, optimi quoque sint ad administrandas tutelas, scil. quia res et conditiones pupilli melius nosse, meliusque ex parentum voluntate de pupilli tam persona, quam bonis statuere posse debent. Ex hac autem ratione primum cognatos affinesque pupilli, inprimis qui conjunctarum personarum nomine veniunt, potiores fuisse habendos liquet; tum vero etiam sodales collegasque patris vel pupilli, ejusdemve civitatis municipes, quin etiam propter vicinitatem potiores esse existimatos §. 158. legimus.

Quod nonnisi in dativa tutela potioris nominationis fuit usus, ex ipsa ejus origine et natura profectum esse

23) l. 7. D. de decurionibus (50. 2.): „Honores et munera potioribus quibusque injungenda sunt."

putamus, scil. quia testamentarii et legitimi tutores non ex arbitrio praetoris erant eligendi, sed jam ex juris tenore aut testamento aut lege erant designati. Quod autem is, qui potioris nominatione utebatur, excusationem se non habere confitens intelligebatur, propter rerum naturam usu venisse videtur; quam maxime enim conveniens videri debebat, eum, in cujus persona causae existerent, quibus tutelam delatam prorsus a se repellere posset, statim initio eas allegare debere, ne frustra ante potioris nominationis processum peragens tractu temporis res pupilli damno afficeret; contra vero, si quis excusationis causas allegatas probare non potuit, potioris nominatio ut ulterius refugium non superesse non potuit, eoque minus, cum potiorem nominans non prorsus liberatus sit a tutela, sed ex tutoris nominati administratione ipse conveniri potuerit.

Num frequens fuerit potiorum nominationis usus, non satis liquet; certe tamen ex scrupulositate et difficultate illa, quam in probatione ejus obtinuisse retulimus, elucere videtur, in magno imperatorum favore eam non fuisse, nimirum propterea, quod, cum nominati magis potiores nominare possent, iique iterum, et amplius, saepe accidere potuit, ut tractu temporis jactura afficerentur pupilli; ideoque etiam magis cohibendam eam putavit Severus, quod fecit ea ratione, quam supra descripsimus. Post eum prorsus sublata est, idque jam ante Justinianum; utrum vero constitutionibus imperatorum, an mera desuetudine (quod posterius inde probabilius videtur, quod apud Justinianum constitutionem, qua sublata sit, non deprehendimus), dici non potest. Certe non rarescere ejus usus non potuit, quum imperatores, ei non faventes, cohiberent et difficultatibus involverent, contra autem excusationum in dies aucta frequentia magis ad se invitaret, tum propter faciliorem in iis procedendi modum, tum majorem,

quam praestabant, securitatem: potiorem enim nominans in hac causa, ut in muneribus, ab omni periculo liberatus fuisse non videtur. Cui accedit, eum vix errare, qui putat, praetores ad evitandas potiorum nominationis ambages, plerumque statim eos tutores dedisse, qui potiores nominare non possent, et sic pot. nominationis occasionem sustulisse.

Aliam de potioris nominationis indole sententiam proposuit Klenzius [24]) in hunc modum. Cognatos, posteaquàm bonorum possessio iis impertiri coepisset, jus quoque habuisse tutelae adipiscendae, et lege Atilia non id esse introductum, ut magistratus, quem vellent, tutorem crearent, sed, proximo cuique cognato tutelam deferre, obligatos fuisse; iis demum deficientibus aliis quoque potuisse; postea, cum haud amplius jus, sed potius onus tutela haberetur, sicuti in agnatis, ita etiam in cognatis, ex jure tutelam suscipiendi, officium esse factum, ita ut remotiores cognati, si vocarentur, propiores ut potiores nominando liberare se possent; quo magis autem cognatorum jura evanuissent, etiam potioris nominationem in oblivionem venisse in tutela; translatam vero esse ad alia munera, in iisque etiam Justiniani tempore in usu fuisse.

Ea vero sententia ingenio minus, quam solida ratione carere videtur. Quod enim de Atiliano tutore profert auctor, id verisimile non esse, cum propter ipsam rerum naturam, tum quia ne uno quidem fontium loco tale quid dicatur, jam Hollwegius monuit. [25]) Deinde non explicat Klenzius, imo non intelligitur, quomodo omnino ex ejus sententia explicari possit, etiam affines, collegas, sodales, municipes, quin etiam solos

---

24) Savigny Zeitschrift etc. VI. p. 76—87.

25) Rheinisches Museum f. Jurisprud. VI. p. 218.

vicinos potiores habitos esse iis, qui ita non essent conjuncti. Quomodo porro tale quid a tutela ad caetera munera, ubi similis ratio prorsus defecit, transferri potuit?

§. 6.

Restat, ut de caeteris excusandi causis, quae proprie ita nuncupantur, e fragmentis nostris referamus. Primum igitur de iis, quae in Digesta etiam sunt receptae, sermo erit.

I. De excusatione propter liberos. Quantum ad ejus originem attinet, [26]) Vatic. fragm. ea sententia haud paullum adjuvatur, immo probatur, quae Heineccio, qui lege Julia et Papia introductam eam putat, adversatur. Nusquam enim in fragm. nostris legis Juliae ut hujus juris fontis fit mentio, sed imperatorum tantum rescripta allegantur; quin imo directe fere contrarium inde probatur, quod „justos" liberos secundum legem Juliam esse debere negatur §. 168. 194., et regula, bello amissos liberos pro superstitibus habendos, tantum ex analogia, tam legis Juliae de maritandis ordinibus, quam aliarum, deducitur §. 197.

A petitione igitur principii vix absolvendus erit Buchholzius, qui §. 168. ita supplendum censet, ut inde probetur Heineccii sententia; prius probandum fuisset, tunc restituendum. Eodem enim jure fingere possumus, Ulpianum, quem saepius in exponenda propter liberos excusatione legum Juliarum analogiam allegasse ex §. 194. 197. 198. videmus, verbis, quae §. 168. antecesserunt, negasse, etiam hac ratione illarum legum analogiam obtinere. Tum bene quadrant verba §i 168.:

---

26) Cf. Schrader ad pr. J. de excusation. Glück Pand. Comm. XXXI. p. 201. sqq.

„Quidam tamen justos secundum has leges putant dici. [27]) Divi quoque Marcus et Lucius rescripserunt: si probas habere te justos tres liberos — Sed justorum mentio ita accipienda est, uti secundum jus civile quaesiti sint.

Ubi autem quaerendus sit fons hujus excusationis, certe constitui non potest; tamen propter §. 247. 168. Rudorffii [28]) sententia a vero abhorrere non videtur, exemplo municipalium munerum usu primum esse introductam secundum leges §. 197. allegatas, tum imperatorum rescriptis confirmatam et accuratius constitutam; eandem igitur rationem intercedere, quam supra generaliter de excusationibus statuendam putavimus.

Singula, quibus de hujus excusationis indole edocemur, haec sunt;

1. De numero liberorum initio aliud jus obtinebat, quam quod ex Severi tempore observatum videmus. Is enim satis longo, [29]) ut videtur, rescripto constituit, ut ne amplius in tota Italia trium liberorum numerus cives Romanos excusaret, sed exemplo munerum municipalium Romae tantum id juris esset, in Italia autem quatuor opus esset. Justinianus quoque hoc rescriptum recepit, [30]) licet valde mutatum; omisit enim ea, quae ad vetus jus spectabant, et quae de civibus Romanis solis rescripta erant (jam enim Ulpiani tempore obtinuerat, ut exemplo civium Romanorum etiam Latini Juniani excusarentur, §. 193.); adjecit autem provincialium jus, de quo Severus quidem ipse hoc

---

27) Fortasse de rescripto quodam sermo fuerat; fortasse etiam §§. 194. 197. 198. 168. arctius in Ulpiani libro erant conjuncti, quam nunc sunt.

28) Recht d. Vormundsch. II. p. 104.

29) Cf. §. 191. 208. 247.

30) C. l. C. qui numero liber. se excus. (5. 66.)

rescripto nil constituisse videtur (§. 192.); praeterea omisit id, quod de potioris nominatione rescripto insertum fuisse §. 208. indicat.

2. In computandis liberis non esse spectandum locum, ubi sint nati, ut placet Heineccio, [31]) neque ubi allegetur excusatio, sed tantum ubi sit injuncta tutela; atque ita esse interpretandam l. 1. C. qui num. lib. (5. 66.) et pr. J. de excusat. (1. 25.), dubio eximitur §. 191. 192.

3. Naturales liberos esse debere, ideoque adoptivos non prodesse (§. 196.), at in adoptionem dedisse non nocere (§. 196.), quod jam ex pr. J. cit. constabat; neque vero jus liberorum a principe impetratum ad hanc causam, sicuti nec ad munera prodesse, ex §. 170. videmus, id quod mirum fere videtur.

4. Quomodo sit intelligendum, justos liberos esse debere, jam supra (pag. 11.) diximus; inde interpretandus videtur §. 194.:

„Justi an injusti sint filii, non requiritur."

Rudorffii enim sententiae, propter §. 193.:

„Exemplo civium Romanorum Latinos Junianos excusari oportet;"

de liberis Latinorum Junianorum esse intelligendum §. 194., adstipulari non possumus propter verba finalia §. 194.:

„multo minus in potestate, nec ne sint,"

quum Latinos Junianos in potestate liberos habere non potuisse constet. Omnino §. 194. cum sequentibus usque ad §. 199. conjungendus est, in quibus fusius Ulpianus de conditione liberorum disputat.

5. A regula, nepotes ex filia natos ad tutelae

---

31) Comm. ad leg. Jul. Pap. II. 8. n. 1.

liberationem [32]) non prodesse, Marcus exceptionem fecit oratione, quam in castris praetoriis recitavit:

„Et quo facilius veterani nostri soceros reperiant, illos quoque novo privilegio sollicitabimus, ut avus nepotum ex veterano praetoriano natorum iisdem commodis nomine eorum fruatur, quibus frueretur, si eos haberet ex filio.“

6. In ea quaestione, an bello amissi liberi prosint, quam controversam inter veteres fuisse constat ex pr. J. de excus. (1. 25.) et l. 18. D. eod. (27. 1.), ICtos secutos esse analogiam legum Juliarum de maritandis ordinibus et judiciorum publicorum et privatorum, ex §. 197. 199. videmus: quia et in fascibus sumendis, et in judicandi munere pro superstitibus haberentur, constituendum putasse Ulpianum, ut a tutelis excusarent. De ea quaestione, quinam sint intelligendi „bello amissi,“ jam supra, tit. de Justiniani libris juris pag. 30., quod sufficiat, adnotavimus.

II. Plures tutelae. Olim certum quidquam de numero non fuisse constitutum, sed demum imperatores Marcum et Severum certum numerum definiisse, ex §. 125. comperimus. Etiam calendarii curam inter tutelas computari §. 128. docet. Amplius etiam privilegium fuisse videtur, si cui a principe calendarium Gaditanorum [33]) esset injunctum, videlicet ut jam hoc unum onus a tutela liberaret. §. 187.

III. Plures excusationes, licet simul allegatas, nisi singulae per se essent firmae atque validae,

---

32) Etiam ad caducorum vindicationem eos non profuisse, quod jam ex veteris juris ratione concludi fere licuit, (cf. quae supra ad §. 224. disputavimus in potior. nomin. jure,) dicit §. 195. Cf. Rudorffium in Savigny Zeitschr. etc. VI. p. 410.

33) De his v. Sigonium de ant. jure Pomp. Rom. II. p. 37.

non excusare, ante Vat. fr. reperta Ulpianus nos docuerat l. 1. §. 3. D. de vocation. (50. 5.) et Modestinus l. 15. §. 11. D. de excusat. (27. 1.), idque etiam rescriptum esse a Severo ex l. un. C. qui numero tutel. (5. 69.) videmus. Jam autem §. 245. ex Paulli libro de officio praetoris tutelaris legimus:

„Qui complura allegant, quae singula non sunt firma, interdum excusari solent; nam et fratres imperatores ita rescripserunt. Quamvis etc.“;

quae aliter concilianda non videntur, nisi ut dicamus, Paullum ante c. un. cit. librum de officio praet. tut. scripsisse, quod, cum c. un. cit. anni 206 sit, parum probabile videtur; aut vim loci in voce „interdum“ esse positam.

IV. De libertorum in tutelis liberorum patroni suscipiendis privilegio odioso, quum supra in loco de potioris nominatione (ad §. 224.) satis verborum fecerimus, unum tantum adjiciendum est. Servi, qui alterius domini in bonis, alterius ex jure Quiritum esset, ab utroque manumissi bona ad priorem, tutelam ad posteriorem pertinere, lex Junia Norbana caverat. [34]) Ei consequens videri potuit, invicem libertum ejus domini liberorum tutelam suscipere debere, qui ex jure Quiritium dominus ei fuisset, quippe cui ipsius tutela competeret. Attamen §. 221.:

„exemplo munerum apud originem ejus, qui Latinum fecit, debere libertum fungi, ejusque solius liberorum tutelas suscipere,“

Marcum rescripsisse videmus.

V. Senatores ultra centesimum lapidem ab urbe tutelas gerere non cogi, apud Marcianum in l. 21. §. 2. D. de excusat. (27. 1.) legimus; accuratius, paullum

---

34) Caj. I. 167. Ulp. fr. I. 16. XXII. 8. Dosith. fr. §. 11. (9.)

vero recedens a l. 21., de hoc privilegio scriptus est §. 147.:

(Ulpianus:) „Imperatores nostri constituerunt, ne ultra ducentesimum miliarium senator populi Rom. cogatur res pupillares administrare. Itaque in usu servatur, ut ad eas res, quae ultra ducentesimum lapidem sunt, equestris ordinis viri dentur tutores vel curatores a praetore; et hoc non tantum in eo senatore servatur, qui decreto tutor vel curator datus est, sed et in eo, qui testamento."

Difficillima ejus est interpretatio, quum constet in quatuor regiones praeter urbicam dioecesin illo tempore divisam fuisse Italiam, in regionibus autem juridicos rei tutelari praefuisse, neque praetori tutelari licuisse, ibi tutorem dare (§. 232.); cui accedit, quod mutilatus §. 205. ita restituendus videtur, cuivis in urbica dioecesi dato tutori excusationem competisse a patrimonio, quod in juridicorum regionibus fuerit situm. Namque tam late extensam fuisse urbicam dioecesin, ut privilegium fuisset senatoribus, non tantum ab eo patrimonio se excusare, quod in regionibus juridicorum, sed etiam quod intra ducentesimum milliarium esset situm, cum Rudorffio *) et Buchholtzio defendere nos sane non possumus, potius aliam non fuisse urbicam dioecesin praetoris tutelaris, atque praefecti urbi, centesimum igitur lapidem non excessisse, non possumus quominus contendamus. Movemur autem hisce potissimum causis. Praeterea, quod tota fere tum pertinuit Italia ad urbicam dioecesin, saneque mirum fuisset, si Marcus Aurelius, quum tota regionum administratio et jurisdictio cuique juridicorum in regione sua competeret,

*) L. c. I. p. 348.

postea cum Romae jurisdictionem tutelarem a reliqua separaret, specialique praetori mandaret, aliam, tamque inaequalem hac ratione fecisset Italiae divisionem: — etiam certis testimoniis probari videtur, factum id non esse. Generaliter enim §. 232. dicitur, praetorem tutelarem in juridicorum regionibus tutores dare non posse; regiones illas autem totam usque ad centesimum ab urbe lapidem Italiam explevisse, inde sequitur, quod praeter praefectum urbi alii administrandae Italiae magistratus non extiterunt, et quod apud Gruterum *) legimus: „Theoni — juridico per Flam. et Umbriam. Picenum;" quas regiones intra ducentesimum milliarium fuisse constat. Accedit, quod ex locis, quos Gothofredus in comment. ad l. 2. C. Th. de in int. restit. (2. 16.) confert, id apparere videtur, urbem Romam cum regione usque ad centesimum lapidem omnino illo tempore sub nomine urbicae dioeceseos oppositam fuisse reliquae Italiae, ita ut, si §. 205. legimus: „si quis ad urbicam dioecesim pertinens," — causa deesse videatur, quominus eandem dioecesin intelligamus.

Jam vero si ita res sese habet, quid de senatorum privilegio sit statuendum, difficile est dictu. Quodsi enim §. 205. ita restituimus, ut cuivis competierit excusatio a patrimonio in regionibus sito, nullum esse nemo non videt; quodsi ita, ut senatoribus solis, tamen cum §. 147. non quadrat §. 205. Itaque aliam medicinam affere non possumus, nisi ut statuamus, locum Dig., senatoribus inde a centesimo lapide excusationem competisse, non esse interpolatum, sed potius in §. 147. syllabam „du" (— centesimum), omnia turbantem, esse delendam, §. 205. autem ita esse restituendum, ut excusatio a patrimonio in regionibus sito ad solos senatores

*) Inscript. p. 1090. n. 5.

pertineat, caeteri tantum a rebus provincialibus excusentur; quod quidem adjuvari videtur verbis finalibus: — „idque D. Marcus in eo, qui se a re provinciali etc.," quum senatorum privilegium a Severo demum et Caracalla sit introductum. Quod autem bis in §. 147.: „ducentesimum" pro „centesimum" scriptum est, ita fortasse est intelligendum, in Ms., de quo Vatic. Ms. est descriptum, notas tantum numerorum scriptas fuisse (C), fortasse etiam pro verbo „ultra" siglam tantum (VL), indeque (VLC) librarium turbatum CC scripsisse; quod certe, ubi primum „ducentesimum" legimus, et ideo probabile videtur, quod etiam „intra" ibi pro „ultra" scripsit. Quodsi primo loco CC pro C scribendum putaverat, eum id iterasse, nos offendere non potest. Caeterum senatorum privilegium jam Marciani tempore cum caeteris communicatum esse videtur, nisi l. 21. §. 2. cit. interpolatione laborare mavis.

VI. Singula quaedam de pistorum excusationibus §. 233. sqq. legantur.

§. 7.

Pervenimus jam ad alterum, quod supra distinximus, excusationum genus, earum scil., de quibus nihil in Digesta est receptum, ideo nimirum, quia maxima ex parte cunjunctae sunt cum officiis et muneribus urbis Romae vel Italiae, itaque Constantinopoli ipso jure defecerant.

1. „Arcari Caesariani, qui in foro Trajani habent stationes, ex sacris constitutionibus multifariam emissis habent immunitatem." §. 134. Id jam inde colligi potuit, quod „administrantes res principum — excusantur." l. 41. pr. D. de excus. (27. 1.); tantum latuit hucusque, etiam imperatorum ejusmodi arcarios fuisse, cum de senatorum arcariis solis loquatur Schol. ad. Juven. XIV, 261. X, 24.

2. „Is qui in portu pro salute imperatoris sacrum facit, ex vaticinatione archigalli a tutelis excusatur.“ §. 148. Archigallus fuit primus Gallorum, i. e. sacerdotium Cybelae matris deûm [35]). Sequi videtur haec excusatio e regula, quae etiam postea in Christianis sacerdotibus mansit, l. 13. pr. D. de vocat. (50. 5.):

„Si qui sacerdotium nancti sunt, ut discedere ab eo sine religione non possint, excusantur.“

3. Decuriales a tutelis vacant, tantum non in condecurialis filii tutela, §. 142. Inde cognoscimus unum illorum privilegiorum, quorum „antea decurialibus concessorum firmitatem mutare nec voluerunt nec debuerunt“ imperatores Valentianus Arcadius et Theodosius l. 2. C. Th. de decur. urbis Romae.

4. „Qui sunt ex collegio sex primorum, habent a tutelis vacationem, at nonnisi unam jam habent.“ §. 124. Buchholtzius mutandum „VI. virorum“, et VI. viros augustales socios intelligendos putat, quibus ex permissu D. Pii arcam habere licuisse apud Gruterum [36]) legimus; at decurionum VI. primorum singularia fuisse tam munera, quam privilegia, et aliunde probari potest. [37])

5. „Qui in foro suario [38]) negotiantur, si duobus partibus bonorum annonam juvent, habent excusationem, litteris allatis a praefecto urbis testimonialibus negotiationis.“ §. 236. A Severo demum haec immunitas iis est data. Certe autem etiam in eos convenit, quod §. 235. legimus:

„A collegarum filiorum tutelis — qui in corporibus sunt, non excusantur.“

---

35) Orelli inscript. p. 308. n. 7.
36) Inscript. p. 218. n. 7.
37) Savigny Gesch. d. Röm. Rechts im Mittelalter. I. p. 95.
38) Cf. C. Th. XIV. 4. C. J. XI. 16. de suariis.

6. „Anabolicari a tutelis curationibusque habent vacationem.“ §. 137. Munus eorum id fuisse videtur, ut frumento naves onerarent (ἀναβολή), quod navicularii Ostia vel Romam adportabant, ubi a catabolensibus (καταβολή) naves exonerabantur. [39])

7. „Ii, qui in centuria accensorum velatorum sunt, habent immunitatem a tutelis et curis.“ §. 138. Centuriam igitur fuisse accensorum velatorum, immunitatemque a tutelis habuisse videmus. Quinam autem fuerint accensi velati, non edocemur. [40])

8. „Hi, qui muniti sunt aliquo privilegio, aliquando non admittuntur ad excusationem, veluti si minor annis XXV. adfini datus sit tutor, et aliquem usum habeat rerum hereditariarum.“ §. 151. 223. Usum rer. hered. Buchholzius explicat, „notitiam de rebus hereditariis, exercitatione adquisitam,“ quo nomine a Rudorffio [41]) vituperatur, qui ita haec verba accipi jubet, ut referat, utrum minor ex adquisita sibi hereditate nactus sit, unde vivat, an suis operis demum id ei sit acqui-

---

39) Brisson. de verb signific. h. v.

40) Accuratissime nuper hanc quaestionem tractavit Huschkius (die Verfassung des Königs Servius Tullius etc. p. 169 — 183.), in quo id tantum notamus, quod, si Huschkius p. 181. 182. dicit, „imperatorum tempore inprimis in sacrificiis faciendis ut ministros esse adhibitos accensos velatos, id certe ex inscriptionibus elucere,“ solida ratione id carere videtur, quum ipse unam tantum ejusmodi alleget inscriptionem (ex Orellii collectione), ubi vero „procurator Caesaris pontifex minor“ appellatur acc. vel.; nos autem apud Gruterum in sex vel septem inscriptionibus nihil ejusmodi legimus, potius „duumviri, praefectus fabrum, scriba aedilitius, curator aquarum, patronus coloniae, eques Romanus“ ibi appellantur acc. vel. Altioris videntur fuisse ordinis. Prorsus certe rejiciendus est Buchholzius, propter paupertatem excusatos eos putans.

41) L. c. II. p. 171.

rendum. Utraque interpretatio solida ratione caret; magis tamen nobis arridet Buchholtzii sententia. Addit etiam Ulpianus: „Quod jus venit ex epistola D. Hadriani — quae constitutio videtur de his loqui, qui a praetore dati sunt; ego puto idem esse accipiendum, si testamento datus sit. In eandem sententiam et D. Pius rescripsit.“ In Dig. nil ejusmodi reperitur, quia Justiniani aevo minores omnino non admittebantur ad tutelas.

Titulus III.

De matrimoniis et dotibus.

De matrimoniis et dotibus iterum totus quidem in fragm. nostris servatus est titulus, at brevis est, et magna ex parte jam pridem satis nota continet; singula tamen insunt digna, quae hic proferantur.

§. 1.

Quod jam ante reperta Vatic. fr. Hassius [42]) contenderat, non solum in filiae, sed etiam in filii sponsalibus obtinere regulam l. 7. §. 1. D. de sponsal. (23. 1.):

Paullus l. 35. ad edictum.:

„Intelligi semper filiae patrem consentire, nisi evidenter dissentiat;“

id §. 102. confirmatur: Ignorante patre filiusfam. uxorem duxerat, et dotem acceperat, supervenit pater, eoque praesente duravit matrimonium. Quaeritur, an ex eo, quod non contradixit pater, etiam dotis dationi consensisse videatur? Ubi ex verbo „etiam“ elucet, id dubium non esse, matrimonium quidem tacito illo consensu effici. Quod respiciens Paullus quoque respondet, patrem etiam postea consentientem et matrimonium et

42) Das Güterrecht d. Ehegatten. p. 125. n. 192.

dotem efficere. Inde videmus, argumentum a contrario in l. 7. cit. non esse admittendum; quam autem ob causam Julianus loco illo, ex quo Paullus ejus sententiam sumsit, de filia sola sit locutus, non liquet.

Praeterea ea quoque sententia hac §. probatur, non retrotrahi a patre factam ratihabitionem nuptiarum, initio ignorante eo initarum. A tempore enim adhibiti demum consensus matrimonium et dotem hoc casu valere, e verbo „efficere" satis elucet.

§. 2.

De dote constituenda. Etiam quae in manum conveniret uxor, dotem constituere potuisse, Hugoni aliisque §. 115. probare videtur. [43]) Quum hujus loci non sit, caetera testimonia lustrare, quae et in hanc et in contrariam sententiam afferuntur, tantum, quaenam huic loco insit vis probandi, inquiremus. Neque vero possumus, quin adversemur Hugoni. Quodsi enim revera nil aliud sibi voluit perquam mutilata periodus:

„omnia in dotem da — da — dari posse,"

nisi omnia in dotem dari posse; verbis sequentibus:

„argumento esse in manum conventionem,"

is sensus subesse certe bene potest: non esse contra rationem juris, ut omnia mulieris bona ad maritum perveniant, argumento esse, quod etiam mulieris, quae in manum conveniat, omnia bona ad maritum pertineant. Eaque interpretatio inde adjuvari videtur, quod simpliciter opponit Paullus: „in dotem dari — in manum conventionem." Concedimus tamen, fortasse aliam fuisse Paulli mentem; at ex mutilato §. quidquam probari negamus.

43) Hugo Rechtsgeschichte. p. 549. Schilling Bemerkungen üb. Röm. R. p. 176. Unterholzner i. Tübinger krit. Zeitschr. V. p. 30. cf. Hasse i. Rhein. Mus. f. Jurisprud. II. p. 75.

Per dotis dictionem matrem obligari non potuisse, id quod jam ex Ulp. VI, 2. Caj. epit. II. 9. §. 3. patebat, jam confirmatur Vatic. fr. §. 100.

Praeterea, quod antea nos latebat, mulierem nupturam, si in patris potestate adhuc esset constituta, dotem dicere non potuisse, §. 99. edocemur. Quod unde venerit, expositum nondum videtur. Nam quod Zimmernus [44]) et Schweppius [45]) putant, necesse fuisse, quia filia familias proprium patrimonium habere non poterat, nihili est, quia dotis dictio nihil erat, nisi promissio, non antecedente stipulatione facta; filios familias autem, qui pariter proprium quidquam habere non poterant, promittendo sese obligasse constat. Tigerstroemius [46]) ita rem explicat, dotem dicere eas tantum potuisse personas, quae lege fuissent coactae ad dotem constituendam, scil. mulierem ejusve patrem; filiam vero familias, quum proprium quidquam habere nequisset, neque ad dotem constituendam cogi, ideoque nec dotem dicere potuisse. Quae vero interpretatio, cum eo tantum sit nixa, mulierem ad dotem constituendam cogi posse, cum hacce quoque sententia tota corruit. [47]) Neque Schradero, [48]) qui singulare fuisse dotis dictioni putat, adstipulari possumus, sed potius ex ipso juris tenore sequi nobis videtur, filias familias dotem neque dicere, neque dare, neque promittere potuisse. Haud sane potuit eadem esse conditio apud Romanos filiorum familias atque filiarum; nam filii, si sui juris erant facti, libera agendi potestate gaudebant, filiabus autem sui juris effectis tutoris auctoritas in multis negotiis

---

44) Röm. Rechtsgesch. I. p. 158. n. 12.
45) Röm. Rechtsgesch. §. 319.
46) Das Röm. Dotalrecht. I. p. 115. n. *.
47) Cf. Hasse Güterrecht d. Ehegatten. p. 363—372.
48) Tübinger krit. Zeitschr. I. p. 182.

opus erat. Potius igitur statuendum videtur, quemadmodum „pupillus [49]) recte stipulari potuit, tamen, si in parentis potestate erat, ne auctore quidem patre obligabatur;“ ita mulieres, ad quae negotia sui juris effectis tutoris auctoritas opus erat, ea in potestate constitutas omnino agere non potuisse; scil. quia absurdum fere fuisset, eas in potestate liberius agere posse, atque si sui juris essent; pater autem, pro patriae potestatis ratione, auctor fieri iis non potuit. Cujus quidem differentiae in Digestis vestigia nulla reperiuntur, nimirum quia Justiniani aevo mulierum tutela pridem ex usu recesserat, ideoque idem in filiis atque in filiabus jus obtinebat. At fortasse haud uno loco interpolationum demum ope id effectum est. Certe ita statuendum videtur de l. 141. §. 2. supra n. 49. cit. Ibi enim Cajus, posteaquam dixerat, impuberem, si pupillus esset, tutore auctore stipulari posse, si filius familias, obligari non posse; puberem vero filium familias tamquam patrem familias obligari posse, addit:

„quod in pupillo diximus, idem et in filia familias impubere dicendum est,“

de filia familias pubere tacens, et in sequentibus ad longe alia pergens. Veri autem speciem non habet, Cajum, cum de filio familias pubere dixisset, de filia familias pubere nihil addidisse; certe vero, si exposuerat, pro negotiorum diversitate, in quibus vel tutoris auctoritate opus erat, vel non erat, filiam familias puberem vel obligari non posse, vel posse, ea Triboniano, mulierum tutela abolita, omittenda erant. Ea igitur si restituis, inde noster §. 99. optime intelligitur; ad dotem enim dicendam tutoris auctoritate opus fuisse

49) l. 141. §. 2. D. de verb. oblig. (45. 1.)

mulieribus, ex Ulpiano constat. [50]) Quod quidem eodem Ulpiano teste similiter in dotis promissionem vel dationem cadit; quarum mentionem faciendi Paullus, loci nostri auctor, de specie sibi proposita responsum dans, occasionem non habuit.

Dotem dici non potuisse post nuptias copulatas, propter §. 110.:

„Paullus respondit, post nuptias copulatas dotem promitti vel dari posse,"

Buchholtzius putat; quod tamen hoc loco minime demonstratum, a dictionis indole alienum, aliisque veterum locis contrarium esse videtur. Quum enim §. noster non ex commentario ad edictum, vel alio opere generalia tractante, sit desumtus, sed responsum exhibeat, cujus quaestio deest, facillime alia causa subesse potuit, cur de dictione taceret Paullus. Quod autem aliis etiam locis a nuptura dotem dici legimus, idem et in dotis promissione dationeve accidit, [51]) quia scil. quod vis dotis constituendae genus magis ante, quam post nuptias contractas frequentatur, et in toto jure saepissime ad ea, quae plerumque fiunt, sola respicitur. Ita Ulp. VI, 2.:

„Dotem dicere potest mulier, quae nuptura est, et debitor et parens,"

intelligendus est, ubi verba „quae nuptura est" ideo tantum addita sunt, ne quis putet, mulierem et in alienas nuptias dotem dicere posse. Cui accedit, dotis ab jam nupta dictae exemplum non tantum apud Caj. Visigoth. II. 9. §. 3. occurrere, quem quidem locum Buchholtzius interpolatum esse frustra [52]) contendit; sed

50) Ulp. fr. XI, 20.

51) l. 45. pr. §. 1. l. 58. §. 1. l. 77. D. de jure dotium. (23. 3.)

52) Cf. Hasse, Güterrecht etc. p. 292.

etiam, si respicimus formulam „doti tibi erunt,“ in l. 44. §. 1. D. de jure dotium (23. 3.).

Caeterum eadem §. 110. de interpolationibus quibusdam in Dig. certiores nos facit. Quum enim Ulp. XI, 19—21. doceat, mulieribus, tutorem aut inhabilem aut nullum habentibus, ad dotem constituendam tutorem dari oportuisse; tamen propter l. 60. 61. §. 1. D. de jure dot. (23. 3.) l. 7. D. de tut. et cur. dat. (26. 5.) dicendum videbatur, mulieri minori, quae curatorem haberet, non amplius tutore opus fuisse ad dotem constituendam. Jam vero ante reperta Vat. fr. Savignius [53]) interpolatam esse l. 7. cit. censuit, conjiciens, praeter curatorem, qui rei familiari administrandae praefuisset, etiam tutore opus fuisse mulieribus minoribus, qui auctoritatem suam, ubi ea opus esset, interponeret, quippe quod curator nequiret. Quae conjectura mirum in modum confirmatur verbis §. 110.:

„sed non curatore praesente promitti debere dotem a muliere, sed tutore auctore.“

Ideoque nemo dubitaverit, interpolatas quoque esse leges citt.:

l. 60. (Celsus):

„Quaero, quantae pecuniae dotem promittenti mulieri curator consensum accommodare debeat;“

l. 61. §. 1. (Terentius Clemens):

„Si dotis dandae causa constitutus sit curator — rata non habetur auctoritas dolo malo facta.“

In l. 61. haec conjectura etiam adjuvatur voce „auctoritas,“ quae proprie de tutoribus tantum dicitur; quapropter etiam in l. 60. verbum „consensus“ pro „auctoritate“ scriptum esse videtur. Accedit, quod l. 61. ex

53) Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. III. p. 347.

libro ad legem Juliam et Papiam est desumta, apud Ulpianum [54]) vero legimus:

„Ex lege Julia de marit. ord. tutor datur mulieri ad dotem dandam, promittendam, dicendam."

§. 3.

De dote post solutum matrimonium. Quod apud Ulpianum [55]) legimus, morte mulieris soluto matrimonio dotem adventitiam semper penes maritum remanere, id ita verum fuisse, ut etiam testari de ea non potuerit mulier, quin ne convenerit quidem utiliter cum marito, ut testari sibi liceret, ex §. 98. cognoscimus. Stipulatio autem in diem mortis concepta „cum moriar dari" utilis a Paullo declaratur. [56]) Inde, collatis duobus Codicis locis, quomodo progressi sint ICti in hoc juris loco, bene intelligere licet. Initio scil. dos, matrimonio morte mulieris soluto, semper apud maritum remansit; mulier, nisi soluto matrimonio supervixit, dotem ad heredes transferre non potuit, neque testando neque stipulando. Stipulatio enim „post mortem heredi dari" omnino utilis non erat, neque vero stipulatio „cum moriar dari" utilis esse potuit, si soluto demum matrimonio mulier dotis recipiendae jus habere coepit, quoniam tum, quo momento matrimonium solvebatur, eodem mulier existere desinebat. Postea vero ut ex nostro §. videmus, ICti, mulieri faventes, in ipsum casum mortis conceptam stipulationem utilem habere posse putaverunt, eo scil. nixi, quod tum mulier ipsa sibi dotem stipulabatur; attamen, quia morte de-

54) Fr. XI, 18.

55) Fr. VI, 5.

56) Ibi quam dubitationem verba: „etsi mixti casus non intervenirent" removeant, nos latet. Certe ea, quae legenda putaverunt Buchholtzius: „rei uxoriae cautiones," et Keller: „mulieris curatores," non placent.

mum committebatur stipulatio, in casum soluti matrimonii concepta videbatur. Praeter regulam autem communem esse introductum, ut ita stipulando mulier ad heredes dotem transferre posset, et inde consequi videtur, quod initio, nisi directe in mulierem concepta erat stipulatio („cum moriar dari"), utilis non erat; eam enim stipulationem, ut mulier, cum moreretur, dotem, cui vellet, relinqueret, Ulpianus demum, isque ideo tantum valere respondit, quod mulier tum, reddi sibi, cum moreretur („spondesne, cum moriar dotem mihi dari"), stipulata videretur. [57]) Post Ulpianum vero etiam stipulatio, ut testari posset mulier, valere incipiebat, quin ita, ut Diocletianus rescriberet: [58])

„Si mulier dotem a viro dari stipuletur, „ut de ea testari possit" — intestata quoque muliere defuncta, stipulationem committi proficiet."

Jamque ex his satis refutari videtur Tigerstroemius, [59]) putans, mortua in matrimonio muliere, dotem non ad maritum, sed ad mulieris heredes pervenisse; tantum, si liberi communes heredes fuissent, jure ususfructus apud maritum mansisse dotem.

Quod ex Ulpiano [60]) constabat, divortio soluto matrimonio rei uxoriae actionem ad mulieris heredes non aliter transire, quam si moram in dote mulieri reddenda maritus fecerit, confirmatur §. 95. Etiam, si mariti morte matrimonium solutum erat, postea mortua muliere, [61]) dotem apud heredes mariti remanere, nisi mora ab iis mulieri facta esset, §. 97. dicere videtur. [62])

57) l. 4. C. de contrah. et committ. stipul. (8. 38.)
58) l. 25. C. de jure dotium. (5. 12.)
59) Das Röm. Dotalrecht. II, p. 100. 104.
60) Fr. VI, 7.
61) Id in §. 97. sub intelligendum esse non dubitamus.
62) Cf. l. 1. §. 4. C. de R. U. A. (5. 13.)

Ut autem maritus, ejusve heredes, in mora constituerentur, communis morae faciendae ratio obtinuisse videtur, nimirum ut rite interpellandus esset vir, aut lis cum eo inchoanda. Nam quod Tigerstroemius [63]) et Buchholtzius putant, tantum, si lis esset contestata, in hac re moram factam esse intellectam, defendi non potest, quum nulla ratio intercedat, unde verisimile sit, singulare jus in hac causa obtinuisse, neque ullo loco tale quid dicatur. Quod enim §. 95. Paullus respondet: „solam testationem dotis repetendae non sufficere ad moram faciendam," ex his ipsis verbis videmus, interpellationem eo casu nondum fuisse factam, sed tantum testatam fuisse mulierem, se repetituram. Quod autem §. 112. coram magistratu dos repetitur, si expendis verba „de plano" et (si vere ita sunt restituenda), „rite interpellatus sum," non videbitur tibi esse litis contestatio, sed interpellatio judicialis; quod si verum est, habes exemplum nudae appellationis sufficientis: sin minus, pro contraria tamen sententia non probat §., quae sc. solo exemplo litis contestatione effectae morae fulciri nequit.

§. 4.

De ea quaestione, quatenus pater conveniri potuerit ex dotis datione, quae filio ejus potestati subjecto facta erat, §. 102. loquitur, eamque cum satis accurate ac plane tractet Paullus, inde interpretatio accedit ad duos Dig. locos.

Interesse dicit, utrum consensum praebuerit dotis dationi pater, nec ne: si praebuerit, vulgari rei uxoriae judicio conveniri posse, quasi ipse dotem acceperit; si non praebuerit, tantum ex persona filii conveniri eum posse, in qua actione peculii quantitas deducatur; [64])

63) l. c. II. p. 71.

64) Ita distinguere Paullum, toto §i argumento satis probatur,

ultra consensum nihil opus esse, patrem autem jam tum consentientem intelligi, cum initio se ignorante factae dationi, postea certior factus non contradixerit; attamen tutius esse eo casu respondere, ex persona filii eum conveniri posse, quia solus is contraxerit. Jam vero inde satis liquet, ut jussus patris dationi antecedat, minime necesse esse, sed a solo patris consensu totam rem pendere; quia sc., si is filii negotio accedit, ipse quasi pater contrahere videtur. Quodsi igitur in l. 25. D. sol. matrim. (24. 3.), quae ejusdem Paulli ex libris ad edictum est desumta, legimus:

„Si filio familias dos data sit injussu patris, de peculio quidem agetur,"

verbum „injussu" aliter interpretandum non esse liquet, quam „inscio vel invito;" eademque ratione etiam Ulpianus in l. 22. §. 12. D. eod. tit. interpretandus est, ubi dicit: si jussu patris filio dos sit data, adversus patrem agi, et Sabinum Cassiumque quidem putare, etiam si injussu, quia dos cum peculio ad patrem perveniret; sed sufficere, ad id damnari patrem, quod in peculio sit; scil. si non consentiente, inscio igitur vel invito patre, dotem filius accipit, iniquum esset, patrem in totum condemnari, quae causa deficit, si pater dationi consentiens per filium ipse quasi dotem accipit.

§. 5.

De retentione propter liberos. Ex §§. 106. 107. 120. Stemanno [65]), quem sequitur Buchholtzius, probari videtur, errare Hassium dicentem,

ideoque corruptam esse lectionem: „et ideo ex persona filii rei uxoriae judicio vulgari conveniri posse, in qua actione peculi quantitas deducitur;" dubium esse non potest. Quomodo vero sit mutanda non constat; cf. Hollwegii et Buchholtzii notas ad h. l. in editt. Vat. fr.

65) D. de differentiis dotis act. et rei ux. act. p. 24.

retentiones propter liberos mulieris poenam fuisse. At rationes, quas affert, rem ipsam non conficiunt; imo satis bene convenire videntur §§. illi cum Hassii sententia, eamque haud parum adjuvant. Nam quod §. 106., pactum dotale „ut divortio facto sextae liberorum nomine retinerentur" valere, legimus, Hassio non obstat, ea tantum pacta valere neganti, quibus in eum casum, si culpa, aut viri aut mulieris ejusve patris, divortium intercedat, de retentione propter liberos, legibus constituta, aliquid mutetur; nam si neque viri neque mulieris culpa intercedat, legis praeceptum (scil. ut culpa divortio facto sextae aut retinerentur aut retineri non possent) omnino adhiberi non posse ait, ideoque, quominus alia ratione soluto matrimonio ex pactis retentiones fierent, nihil obesse; tum autem ex pactorum dotalium natura id esse dijudicandum (qua in re referre nihil potest, si in pactis „retentio propter liberos" minus apte est appellata); itaque etiam pactum in casum divortii factum, dummodo culpae ratio habita non sit, valere. [66]) Huic sententiae non adversatur §. 106., ubi discidium bona gratia esse intelligendum ipse Stemannus dicit; ideoque nil obstitit, quominus sextae ex pacto, licet in casum divortii facto, retineri possent. Quae aliter fuisse dicenda, si culpa divortium fuisset factum, verba „secundum ea, quae proponerentur" indicare videntur. Certius autem, nisi culpa intercedat, retentiones propter liberos exercendas non esse, prae se ferunt

66) Certe hanc fuisse Hassii sententiam, ex ejus argumentationibus sequitur, licet ex verbis ejus: (l. c. p. 186. n. 65.) „wenn ausgemacht wurde — ohne Rücksicht auf Scheidung und Ursache derselben;" concludi possit, reprobandum ei quoque visum esse pactum in casum divortii, in quo culpae ratio non esset habita, quod certe §. 106. satis rejicitur.

§. 120. i. f. „si nihil convenit, retentiones exercendae non sunt;“

§. 107. „sextas liberorum nomine ita demum retineri posse, si culpa mulieris divortium intercessit;“

ubi contraria sententia fuisset dicenda, si Stemanni sententia vera esset, ideo exerceri retentiones propter liberos, „quia soluto matrimonio viro soli oneri esset liberorum educatio.“ [67])

Caput II.

De jure rerum.

Titulus I.

De mancipatione et in jure cessione.

Primum de duabus acquisitionum speciebus nobis dicendum est, quae ad crucem illam ICtorum, de qua multo plura scribere, quam scire, jam Bynkershoekio visi sunt, legis scil. actiones sive actus legitimos, pertinent; mancipationem dicimus et in jure cessionem. Qui locus fragmentis nostris novis implicatur difficultatibus, quia §§. 47 — 50. tam mancipari, quam in jure cedi ad tempus potuisse, aperte videmus, et §. 49. duae novae proferri videntur legis actiones. Sed conciliari posse videntur cum altera earum sententiarum, quae ante reperta Vat. fr. de hac re sunt prolatae, quae quidem ita inde confirmatur, certiusque constituitur.

67) Stemann D. cit, §. 8. init.

§. 1.

Quantum ad primum illud attinet, mancipari et in jure cedi ad tempus potuisse, omnino tale quid proferri negat, qui novissime de §§. illis scripsit, Dirksenius: [1] controversiam tantum afferri ICtorum, quorum scil. recentiores recessissent a vetere ratione stricta; neque igitur adversari §§. illos Papiniani sententiae, l. 77. D. de R. J. proditae, quippe qui antiquum tenorem retinuerit. Quod autem Paullus §. 50., sententiam suam XII. tabb. probari, dicat,

„erscheine mehr als ein Kunstgriff, um für die, gegen die Strenge des Rechts scheinbar verstossende, Absicht einen Stützpunkt in dem Buchstaben des geschriebenen Rechts zu ermitteln.“ [2]

At ingeniosius fortasse, quam verius scriptum hoc est. Veremur enim, ne parum accurate perspexerit locum v. d. Quodsi §§. 47 — 50. perlegimus, facile intelligimus, de constitutione ususfructus Paullum disputare, sicque eum ratiocinari: quum duplici modo possit constitui usufructus, aut translatione aut deductione, primum §. 47. dicit, quibus negotiis omnino constitui possit usufructus tam transferendo, quam deducendo; tum specialiter disputat, quibus modis ad tempus vel ex tempore possit constitui, §. 48. et 49. translationem, §. 50. deductionem tractans. Jam vero §. 48., ad tempus in jure cedi usumfructum posse, aperte dicit, at eam rem controversam esse non dicit. De mancipatione h. l. tacet, quia mancipatione usumfructum transferri posse modo (§. 47.) negaverat; quae vero de in jure cessione dicit, aeque in mancipationem non cadere non possunt. Ex tempore in jure cedi vel adjudicari posse

---

1) Beiträge zur Kunde d. Röm. Rechts. p. 221. sqq.
2) l. c. p. 229.

negat, quia nulla de futuro prodita esset legis actio. Tum demum §. 50., in mancipatione et in jure cessione num deduci possit ususfructus ad tempus, dubium esse fatetur, Pomponiumque putare, „non posse ad tempus deduci, nec per in jure cessionem, nec per mancipationem, sed tantum transferri posse.“ Ibi autem „ad tempus transferri“ esse intelligendum, dubium fere esse non potest, tum propter verba sequentia „ego didici, et deduci ad tempus posse,“ tum quia omnino „tantum transferri posse“ usumfructum, etiam Pomponius dicere non potuit, quum simpliciter deduci posse tam per mancipationem, quam per in jure cessionem, constiterit. Sin igitur constat, controversum non fuisse, quod in jure cedi et mancipari posset ad tempus, videndum, qua ratione id sit conciliandum cum l. 77. cit. Neque possumus, quin Gothofredianae hujus loci interpretationi adstipulemur, quippe quae totam rem optime explicare videatur: scilicet Papinianum non dicere, omnes legitimos actus diei adjectione vitiari, sed tantum eos legitimos actus, qui non recipiant diem, diei adjectione in totum vitiari; quod in quibusnam accidat, id ex ipsorum natura esse dijudicandum: certe ex eorum, quos recenset Papinianus, natura id sequi. Quae si placent, in l. 77. cit. legendum est „emancipatio,“ neque vero „mancipatio,“ ut Dirksenius aliique malunt; neque enim ad tempus, neque ex tempore emancipari potuisse liquet; at quominus ad tempus mancipari et in jure cedi, sicuti vindicari (§. 54.), potuerit, causa deficit, cum dominii non ea fuerit natura, ut, qui semel dominus, semper dominus esse deberet. Neque contrariae sunt formulae tam mancipationis, quam in jure cessionis, e quibus id tantum sequitur, ut ne ex tempore mancipari et in jure cedi potuerit; ex ipsa vero legis actionum natura esse profectum, quo minus de futuro essent proditae, recte

jam ipse monuit Dirksenius, nuperque etiam fusius Christiansenius. [3])

§. 2.

Legis actiones, quas ante Vat. fr. reperta in eum censum referre non solebamus, §. 49. exhibere videtur: „Ex certo tempore legari possit, an in jure cedi vel an adjudicari possit, variatur. Videamus, ne non possit, quia nulla legis actio prodita est de futuro.“

Quum tamen, initio hujus §i esse legendum: „legari potest. An —“, et grammatica ratio et prudentium de usufructu ex certo tempore legando consensus doceat, [4]) nihil superest, cur legatum eo referamus. Adjudicationem autem legis actionem vocari, id inde intelligendum certe est, quod de judicio tantum legitimo est sermo §. 47, de cujus cum legis actionibus conjunctione constat. [5]) Praeterea, quod ita in judiciis legitimis ex tempore adjudicari non potuisse legimus (quod aliter in judiciis, quae imperio continerentur, fuisse, ex l. 16. §. 2. D. fam. erc. (10. 2.) [6]) l. 4. D. de usufr. (7. 1.) videmus), etiam id cognoscimus de legitimis judiciis, quod pariter ex veteribus legibus actionibus profectum fuerit: in iis solis civilem usumfructum per adjudicationem constitui potuisse; unde etiam dominium ex jure Quiritium nonnisi in iis

---

3) Dirksen l. c. p. 228. Christiansen d. Wissenschaft d. röm. Rechtsgeschichte. p. 153. 169.

4) Cf. Bethm. Hollw. in edit. Vat. fr. ad h. l. Schilling Bemerkungen etc. p. 88. n. 210.

5) Caj. I. 184. Ulp. fr. XI, 24. 27. Mayer die Litiscontestatio. p. 149. 152.

6) Qui locus iis adnumerandus videtur, in quibus Keller (Lit. Cont. u. Urth. p. 115. n. 6) judiciorum legitimorum mentionem, proprie ibi factam, a Triboniano deletam esse putat.

adjudicatione esse adquisitum, merito argumentari videtur Keller; praesertim quum adjudicationes, in judiciis in imperio continentibus factas, praetorem tantum tueri l. 44. §. 1. D. fam. erc. (10. 2.) indicare videatur.

§. 3.

Mancipationis et in jure cessionis formulae nobis proferuntur §. 50. paullulum divergentes ab iis, quae apud Cajum [7]) proditae sunt, non ita scil. antiquitatis colorem prae se ferentes. Mirum certe esse non potest, sicuti in stipulatione, heredis institutione, tutoris, cognitoris datione, in hac quoque causa non tam stricte esse observatas formulas antiquas; tamen unam tantum videmus differentiam, quae majoris cujusdam momenti videri possit. Quum enim apud Cajum in mancipationis formula legamus: „emtus est hoc aere aeneaque libra," Paullus, prorsus omissis verbis „aeneaque libra", pro „aere" dicit „pretio." Quod igitur in familiae mancipatione jam ipse Cajus dicit, verba illa omitti solere, [8]) post eum caeterarum quoque rerum ad mancipationem translatum esse videtur. Ipsius autem aeris libraeque in mancipatione usum Paulli tempore in desuetudinem abiisse, neque ex hoc, neque inde sequitur, quod pro „aere" verbum pretii scripsit Paullus; id enim verum rei mancipandae pretium significare, jam ideo contra Buchholtzium negandum videtur, quod etiam in donationibus mancipatas esse res, in aliis fragm. nostrorum locis ab eodem Paullo edocemur.

Quod autem in formulis in jure cessionis Paullus tantum dicit: „ajo hunc fundum meum esse," omittens „ex jure Quiritium;" nonnisi, ut brevis esset, fecisse

7) Caj. I. 119. II. 24. III. 167.

8) Caj. II. 104. Etiam in caeteris mancipationibus idem jam Cajo dicendum fuisse, putat Christiansenius Rechtsgesch. p. 363. nota.

videtur, quia in formulis illis ea potissimum verba spectari voluit, quae ad deducendum usumfructum, de quo sermo, pertinent.

Titulus II.

De usucapione et fructuum acquisitione.

Ad doctrinam de usucapione et fructuum acquisitione §. 1. nova prorsus affere videtur Schradero. [9]) Quod negare non possumus, si rationes spectemus, quibus Paullus in hoc §. argumentationem suam superstruit. Tractat eum casum, si quis a muliere sine tutoris auctoritate sciens [10]) rem mancipi emerit, eum bona fide non emere, tamen pro emtore possidere, fructus suos facere et usucapere quoque posse. Jam igitur Schrader putat, non solum novum exemplum hoc §. afferri usucapionis mala fide possidentis, sed etiam primum ejus rei exemplum, quod malae quoque fidei possessor et pro emtore possidere, et fructus suos facere potuit. Contra nobis re vera bonae fidei possessio in illa causa adesse videtur, tantum regula illa l. 178. D. de R. J.:

„Cum principalis causa non consistat, ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent;"

superari l. 1. §. 5. D. de V. O. (45. 1.):

„Utile per inutile non vitiari;"

idque ex singulari ratione, quae in alienandis mulierum rebus mancipi apud Romanos intercedebat, hoc casu proficisci; hac scil. ratione:

---

9) Tübinger krit. Zeitschr. I. p. 182.

10) Id verbum utrum ad „rem mancipi," an ad „sine tutoris auctoritate" sit referendum, inquirit Puggaeus i. Rhein. Museum f. Jurispr. III. p. 427.

Quum in mulierum tutela eo perventum esset Romae, ut nulla amplius „pretiosa“ ratio eam suadere putaretur, [11]) cogique possent tutores ad auctoritatem interponendam, fieri non potuit, quominus etiam de mulierum alienationibus jus antiquo statu mutaretur; idque eadem ratione fieri oportuit, qua ipsa etiam tutela mutata erat. Quemadmodum igitur, quae vera fuit tutelae vis et natura, prorsus evanuerat, ut nisi umbra quaedam, retenta vero antiqua forma, remansisset; ita etiam, quum olim omnis vis alienationis tota a tutore penderet, postea ipsa alienandi potestas apud mulierem erat, tutorisque tantum erat pro civili sua natura, si juris civilis negotio [12]) peragenda erat alienatio, ad rite implendam ejus formam auctoritatem suam interponere, ita ut ipsius alienationis vis, qua parte non a civili negotii natura penderet, in sola muliere esset posita. Jam igitur si rem mancipi sine tutoris auctoritate mulier vendidit, antiquo jure tota emtio irrita fuit: emtor neque rem traditam pro possessore possedit, neque fructus suos fecit, neque usucapere eam potuit; ita vero non ex jure novo. Quia mancipi erat res, emtio quidem bonae fidei non erat, neque usucapi poterat res; possessio autem rei a muliere traditae pro emtore bonaeque fidei erat, quia eam a muliere alienari prohibitum non erat, fructusque emtor suos faciebat, quia bona fide possedit, et voluntate mulieris eos percepit. [13]) Jam inde explicata est res nostra, illustratusque §. 1.:

„Qui a muliere sine tutoris auctoritate rem mancipi emit — non bona fide emisse — et veteres

11) Caj. I. 190.

12) Veluti mancipatione, si mancipi erat res, vel in jure cessione, si nec mancipi, uti usufructus. Vat. fr. §. 45.

13) Cf. l. 61. §. 8. D. de furtis. (47. 2.)

putant, et Sabinus et Cassius. Labeo (vetustior) putabat, — possidere pro possessore; Proculus et Celsus pro emtore — et fructus suos facit; quia scilicet voluntate dominae percipit, et mulier sine tutoris auctoritate possessionem alienare potest."

Usucapi ab emtore posse rem, uterque, et Proculus et Cassius, adhuc negabat, et certe eorum tempore vindicari adhuc poterant res ita alienatae a mulieribus. Quum autem perquam iniquum videri debuerit, mulierem, quae pretium acceptum reddere nollet, venditam rem vindicare, praetor exceptionem dedit, indeque profectum sit, quod i. f. §. legimus:

„Julianus propter Rutilianam constitutionem eum, qui pretium mulieri dedisset, etiam usucapere; at si ante usucapionem offerat mulier pecuniam, desinere eum usucapere."

Quae vero fuerit Rutiliana illa constitutio, prorsus in incerto est positum. Nam:

1) non liquet, constitutio illa utrum ICti tantum regula juris, [14]) an praetoria constitutio fuerit; [15])
2) quis sit Rutilius ille, utrum inclytus ICtus P. Rutilius Rufus, [16]) an alius; etiamsi enim ex nostro loco inter Proculum et Julianum constituta videatur constitutio, tamen, si regula juris intelligenda est, jam prius constituta, a Juliano demum in hunc casum adhibita esse potuit;

---

14) Ita explicantur, quae ex antiquo jure afferuntur constitutiones, et Brissonius de V. S. h. voce, et Hugo Rechtsgeschichte. pag. 436.

15) Eam intelligunt Puggaeus, Rhein. Museum. III. p. 429. Zimmernus, Rechtsgesch. I. p. 14. n. 15. Dirksenius, Beiträge zur Kunde etc. p. 177. n. 41.

16) Cf. Hugo Rechtsgeschichte. p. 472. Zimmern Rechtsgesch. I. p. 282. n. 20.

3) denique latet, utrum directe constitutio illud jus constituerit, an interpretatione demum Julianus id inde deduxerit; quod quidem ex solo verbo „propter" nondum colligi posse, recte monuit Puggaeus.

Itaque in re adeo dubia et obscuritatibus obruta, ubi tot excogitari possunt interpretandi rationes, [17]) conjecturas sectari temerius nobis visum est.

Titulus III.

De usufructu.

§. 1.

Quum de constituendi ususfructus ratione quaeris, magnum videmus allatum adjumentum ad explicandum eum modum, si per deductionem fieri debet constitutio; quam rem, qui scriptores [18]) nuper de constituendis per pacta et stipulationes servitutibus vehementissime conseruerunt manus, summo tantum digito tetigerunt, ita ut Dirksenio [19]) adhuc adstipulandum doleamus, multum abesse, ut haec res sit perorata. Scriptores illi in eo etiam errasse nobis videntur, quod de natura atque indole deducendi ususfructus disputantes, eam potius deductionis formam animo induxerint, qua in Dig. fungentem eam videmus, atque ex hoc principio profecti, ratiocinationibus, ex arte logica elegantiaque

17) Cf. Buchholtzii comm. ad h. l. et Puggaeum l. c. p. 159.

18) Recenset eos Schrader in Tüb. krit. Zeitschr. I. 2. p. 72., ubi addenda tantum est Haertelii Dissert. de servitutibus per pacta et stipulationes constituendis.

19) Programma ad indicandas lectiones habendas a Sanio. (Regiomonti. 1826.) p. 4. i. f.

juris arcessitis, naturam ejus sibi construere conati sint; quam ut antiqua deductionis origine indagata, recentiorem ejus naturam inde ortam demonstrarent, quo quidem solo modo, ut opinamur, hujus, ut permultarum aliarum juris civilis partium, vera indoles cognosci potest.

Initio apud Romanos usumfructum ceterasque servitutes aliter non potuisse constitui, nisi in jure cessione (solae enim praediorum rusticorum servitutes mancipationem receperunt), ex Cajo (II. 29. 30.) satis constat, veteríque juris Romanorum naturae prorsus id conveniens est. Ea vero constituendi forma quum ususfructus in alterum transferri tantum potuerit, dominio rei apud constituentem remanente; eo casu, si quis dominium quidem transferre, ipse autem sibi usumfructum retinere vellet, alia ratione res expedienda erat, hacce putamus.

Inde, quod tota mancipationis vis a sola lege mancipii, i. e. in mancipando pronunciatis verbis, [20]) olim pendebat, quum in mancipio uti quis lingua nuncupasset, ita jus esset; sequebatur, ut, licet proprie dominio transferendo inserviret mancipatio, in eumque finem esset concepta, quae nobis prodita est mancipationis formula, tamen adjectis verbis (legem mancipi dicebant, recepta certa ipsius mancipationis formula), varios modos dominio transferendo in mancipatione constituere possent. Eo cum sit referenda fiducia, etiam deductio ususfructus, aliarumve servitutum, ibi locum habet. Si enim quis mancipio rem accipiens, formulae „emtus est fundus“ verba adjecit „deducto usufructu,“

---

20) Antiquo enim jure distinguendum esse inter mancipationis formulam et legem mancipi, merito negasse videtur Christiansenius lib. cit.

quum plus non acquireret, quam verbis amplexus esset, nonnisi nudam proprietatem ex jure Quiritium acquirere potuit, ususfructus autem apud eum remansit, qui dominium rei alienaturus usumfructum retinere sibi voluerat. Ususfructus ita quidem proprie non tam constituebatur, quam potius retinebatur; attamen, quum, consolidato adhuc cum proprietate usufructu, usumfructum omnino non esse, placeret, ita retentus tamen per mancipationem constitutus videbatur, [21]) quodammodo ex ea dijudicabatur. [22])

Simili ratione, si dominium rei in jure cedebatur, ususfructus deductio fieri potuit; ea enim si vere [23]) imaginaria fuit vindicatio, is, cui cedebatur, plus acquirere non potuit, quam verbis sibi vindicavit, ususfructus igitur deductus apud cedentem remansit. Quin etiam per vindicationem legato deductio fieri posset, dubium esse non potuit, cum testatori, prout luberet, legatariis jura concedere licuerit. Vat. fr. §. 47.

Sic plane, si de origine hujus juris et antiqua ejus indole statuimus, optime conveniunt, quae §. 50. Vat. fr. de deductione ad tempus et ex tempore a Paullo dicuntur. Quoniam, ut vidimus, in mancipatione vel in jure cessione deductus ususfructus proprie non constituebatur, sed potius retinebatur; inde liquet, etiam de praesenti fieri debuisse deductionem, neque ex tempore

---

21) Vat. fr. §. 51.: „Adquiri potest ususfructus — per mancipationem ita — ut proprietatem — deducto usufructu remancipemus.“ Caj. II, 33.

22) Vat. fr. §. 47.: „Per mancipationem deduci ususfructus potest — per traditionem — non potest — civili enim actione constitui potest, non traditione, quae juris gentium est.“

23) Nam negavit id Christiansenius lib. cit. p. 364., cujus vero sententiam si adstipularis, differentia in hac causa a mancipatione tibi non remanebit.

potuisse: nimirum quia tum neque deductionis jure constitutus fuisset, quia scil. ususfructus cum proprietate translatus non retinebatur; neque ex mancipationis vel in jure cessionis, scil. quia in jure cessus non erat, per mancipationem autem nisi deducendo omnino constitui non poterat. Quominus autem ad tempus constitueretur, atque lex mancipii vel in jure cessionis ita concepta: „deducto ad cal. Januar. usufructu," utilis esset, quid obstare potuerit, non intelligimus; praesertim cum jam ipso jure unusquisque ususfructus, quippe cui jam usufructuarii morte certus finis esset constitutus, quodammodo ad tempus constitutus videatur. Attamen Pomponium putasse, neque ad tempus deduci posse, Paullus §. 50. refert, quod contra quidem ipse dicit:

„ego didici et deduci ad tempus posse, quia et mancipationem et in jure cessionem lex XII. tab. confirmat."

Ubi in verbis „quia et manc. etc." subintelligendum aliquid esse, dubium nemini erit, quum liqueat, inde, quod mancipatio XII. tabulis confirmata erat, nondum sequi, ut etiam usumfructum ad tempus in ea deducere liceret. Quid vero subintelligendum sit, non constat. Putamus aut „talem mancip.," i. e. de qua sermo, sc. in qua ususfructus deductus est ad tempus, aut fortasse potius, „ad tempus factam manc.," cum etiam brevi antea ad verbum „transferri" omiserit Paullus „ad tempus." Quidquid vero hoc est, id non dubitamus, in mancipatione spectare Paullum locum illum XII. tab.: „in mancipio uti lingua nuncupassit etc."; in in jure cessione quidem alium, similis vero argumenti, locum ante oculos habuisse videtur, qui adhuc nos latet. Certe in in jure cessione similem regulam, atque in mancipatione, obtinuisse, tum eo ipso probari videtur, quod ususfructus ad tempus in ea deduci potuit, tum

inde, quod apud Isidorum, [24]) etiam fiduciam contrahi potuisse in in jure cessione, legimus. [25]) Num etiam de deductione ex tempore Pomponii recesserit a Paulli sententia, quin etiam, quae ipsius fuerit, vix liquet ex verbis sequentibus perobscure scriptis:

„Numquid ergo et ex tempore deduci possit?"

Attamen negasse Paullum hanc quaestionem, quod ex juris tenore sequi, monstrare operam dedimus, probari videtur cum verbo „numquid," quod negantis plerumque est, tum quod in verbis finalibus §. 50.:

„sequitur, ut et legato deduci ad certum tempus possit;"

tantum ad tempus legato deduci posse affirmat Paullus, de deductione ex tempore tacens.

Quodsi, ita per deductionem constituto usufructu, accidit aliquid, unde usumfructum exstingui placebat, fieri non potuit, quominus finitus ususfructus ipso jure ad proprietatem reverteretur, cumque eo consolidaretur. [26])

Jam vero si ita jure civili in mancipatione et in jure cessione per deductionem constitui potuit ususfructus, quaeritur, num etiam in traditione eo modo constitui is potuerit, quod, cum in Dig. saepius affirmatum inveniamus, a Paullo negari §. 47. videtur. Quem quidem locum ut intelligamus, primum omnino quaerere necesse est de deductione per traditionem: neque facere posse fatemur, quominus proprie ex traditionis natura sequi contendamus, deductionem in ea fieri non posse. Traditio enim potius facti, quam juris

---

21) Origines V, 25.

25) Dubium de hac re prorsus exstare non potest, si quis Christiansenii de in jure cessione sententiae adstipulatur. Cf. ejus. lib. cit. p. 360—364.

26) Vat. fr. §. 80. §. 1. 4. J. de usufructu. (2. 4.) l. 3. §. 2. D. de usufructu. (7. 1.)

est, ex facto igitur dijudicanda. Nullo autem modo fieri potest, ut rem tradens solo facto jus in ea retineam; jus enim non est res, neque manu teneri potest, ideoque, si rem alienandi animo trado, in potestatem accipientis transit tam res ipsa, quam jus ea utendi fruendi, qua in re id nihil facere liquet, conventionis modo jus in ea me acquirere posse; aliter igitur, atque in mancipatione et in jure cessione, ubi omnis juris acquisitio a verbis nuncupatis pendebat, deductus usufructus non acquirebatur. Quod igitur ex ipsius traditionis natura sequebatur, per traditionem usumfructum deduci non posse, id neque inde commutari potuit, quod in praediis provincialibus servitutes per pacta et stipulationes constitui posse placuit; quoniam tum id tantum obtinere potuit, ut ante, vel post traditionem usufructus pactis et stipulationibus constitui posset: neque vero ea proprie deductio servitutis erat, sed potius constitutio per pacta et stipulationes, ex eo igitur jure dijudicanda, non ex traditione.[27]) Alia certe ex parte mutatio progredi et debuit et potuit, idque ita factum putamus.

Quum eundem, quem in jure civili mancipatio, in jure gentium traditio obtinuerit locum, paene fieri non potuit, quominus praetor, hanc illi magis magisque exaequans, jus, legem mancipationi adjiciendi, ad traditionem quoque transferret, atque sicuti legem mancipi jus civile, ita pacta traditioni adjecta, quasi civilem quandam causam inde sumerent, ipse tueretur. Inde l. 48. D. de pactis. (2. 14.) est orta:

Cajus l. 3. ad legem XII. tab.

---

27) Neque juris quasi traditio quicquam huc facit, quum in transferendis juribus versetur, et alia prorsus ratio in deducendo per rei traditionem jure obtineat.

„In traditionibus rerum quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est;“

quae, etiamsi, a Triboniano interpolata, proprie non de traditione, sed de sola mancipatione locuta est; [28]) certe tamen jus nobis exhibet, quod jam dudum ante Justinianum obtinuerat. Jam vero, si quis, cum id jus obtinuerit, rem nec mancipi tradidit, traditionique pactum adjecit, ut ususfructus apud se remaneret, cum id pactum, etiamsi stipulatione non confirmabatur, praetor tueretur, ususfructus ita, quasi ipso facto in traditione retentus esset, constituebatur; et quemadmodum in mancipatione deductus ususfructus per mancipationem constitutus intelligebatur, sic in hac causa per traditionem constitutus videbatur. In quo autem pro origine hujus juris id necesse semper erat, ut in ipsa traditione adjiceretur deductio, [29]) quia alioquin rei traditae ususfructus ad alterum transiisset, de novo igitur fuisset constituendus.

Ita in traditione per deductionem constituti ususfructus, aliusve servitutis, exempla in Dig. pauca non sunt, [30]) licet multos locos, ubi inveniuntur, verbo mancipationis in traditionis mutando, [31]) interpolatos

---

28) Minime enim constat. Cf. Dirksen. XII Tafel-Fragm. p. 398. Cf. l. 45. D. eod. tit.: Divisionis placitum, nisi traditione, vel stipulatione, sumat effectum, ad actionem, ut nudum pactum nulli prodesse poterit.

29) l. 35. D. de S. P. U. (8. 2.) l. 6. §. ult. D. comm. serv. (8. 4.). Eos locos non tam de usufructu, quam de aliis servitutibus loqui, nihil facere ad rem liquet.

30) l. 32. 36. §. 1. l. 54. D. de usufructu. (7. 1.) l. 3. §. 1. l. 5. D. de usufr. accresc. (7. 2.) l. 126. §. 1. D. de V. O. (45. 1.) l. 35. D. de S. P. U. (8. 2.) l. 33. D. de S. P. R. (8. 3.) l. 6. §. 3. l. 7. pr. l. 8. D. comm. praed. (8. 4.)

31) Cf. v. c. Vat. fr. §. 80. et l. 3. §. 1. D. de usufr. accresc. (7. 2.)

esse dubium non est. Neque enim multum interesse illo tempore desinere potuit, utrum in mancipatione, an in traditione deduceretur ususfructus, nimirum quia in mancipatione deductus jure civili constitutus intelligebatur, quod contra in traditione deductus pro traditionis natura nonnisi praetoris tuitione gaudere poterat. Ideoque etiam Paullus, qui §§. 47—52. de civilis ususfructus constituendi modis solis disputat, §. 47. omnino ita posse constitui usumfructum negat:

„In re nec mancipi per traditionem deduci ususfructus non potest; nec in homine (re mancipi), si peregrino tradatur: civili enim actione constitui potest, non traditione, quae juris gentium est."

Quem tamen locum tam generaliter intelligendum non esse liquet, cum per traditionem jure praetoris constitui posse usumfructum constet tum ex Vat. fr. §. 61. coll. c. l. 1. pr. D. quib. modis (7. 4.), ubi „jure constitutus" ususfructus ab Ulpiano opponitur ei, quem traditione constitutum praetor tueatur; tum ex locis quibusdam Dig. supra citt., inprimis l. 35. D. de S. P. U. (8. 2.) et l. 5. D. de usufr. accresc. (7. 2.), ubi verbum traditionis interpolatione demum receptum esse negandum est.

Ita haud fere aliter in deductione atque in constitutione, quae proprie dicitur, servitutum actum esse videmus. Quemadmodum enim illarum constitutio initio in jure cessione vel mancipatione erat perficienda, postea autem etiam quasitraditione factam praetor tuebatur: ita etiam deductionem initio nonnisi in civili negotio fieri potuisse, postea demum etiam in traditione factam praetorem tuitum esse, vidimus. Non minus autem, quam in constituendis, etiam in deducendis servitutibus Justiniani tempore omne discrimen inter jus civile et praetorium evanuisse, ideoque interpolationibus ICtorum

scripta Triboniano fuisse exaequanda, vix est ut moneamus.

§. 2.

Per mancipationem usumfructum ad alios transferri non potuisse, jam ex Cajo constabat; ideo si quis per personas, juri suo subjectas, acquirere vellet, cum in jure cedi iis nihil posset, ita rem esse peractam, ut res mancipio iis data, postea a parente, deducto usufructu, remanciparetur, §. 51. docet.

De interdictis, quae usufructuario et in eum competant, tituli de usufructu §§. ultimi loquuntur, quibus denuo confirmatur Savignii sententia, usufructuarium rei usufructuariae possessionem non habere; simul autem, id quod maxime ejus sententiae obstare videbatur, scilicet eadem, quae possessori, etiam usufructuario dari interdicta, removetur, cum usufructuario et in eum, quoniam non possideret, utilia tantum data esse interdicta legamus. Formulam talis interdicti exhibet §. 90.

Personalem de usufructu actionem, aut ex stipulatione, aut ex legato per damnationem ortam, non utendo non amitti, [32]) Paullus §. 46. confitetur, quum valde fuisse disputatam hanc quaestionem inter veteres ex l. 16. §. 1. C. de usufr. (3. 33.) sciamus.

Jam constitutum autem usumfructum, quem non utendo cadere indubitatum fuerat (l. 16. cit.), tamen non utendo non amitti, si in pecunia esset constitutus, elegantissime eodem §. defendit Paullus; quoniam ususfructus is non esset, et pecuniae, quippe qua in creditum itum sit, dominium fructuarii, non heredis, esset.

---

32) Similiter Papinianus §. 7. personalem actionem, qua quis rem petere possit, non utendo omitti negat: „Quominus possessio rei venditae tradatur emti judicio, decem annorum praescriptione non impeditur.“

Non aeque autem eleganter Buchholtzius lacunam post „non utendo“ verbo „perit“ explet, ita ut contraria evadat sententia tam Paulli argumentationi, quam juris rationi.

Titulus IV.

De jure hereditario.

De jure hereditario nihil Vatic. fragm. proditum nobis est, nisi quod in titulo de usufructu §§. 75 — 89. Ulpianei libri XVII. ad Sabinum pars exhibetur, ubi de usufructu accrescendo disputatio est. Quorum quidem §§. pars in Digesta quam male tractata sit recepta, quum jam supra [33]) ostenderimus, hujus loci est, quae e reliquis antea ignota nobis inotuerint, recensere.

Proponit Ulpianus §§. illis complures singulos casus, ubi duobus vel pluribus legatus usufructus, ab uno amissus, collegatariis aut accrescat, aut non accrescat, eosque collatis aliorum ICtorum sententiis dijudicat. Quos omnes hic referre, operae pretium non erit, quum sententia inde maxime in iis pendeat, [34]) quod verbis conjunctis antiquo jure accrescendi jus non competebat; caeterasque rationes ipse Ulpianus satis luculento sermone exponat. Ipsi igitur legantur rogamus, id tantum monentes, ne lector in §. 82. Buchholtzii Kellerive lectionem sequatur, quae sensum aptum vix praebet, contrariaque est §§. 78. 79. proditis, sed potius Hollwegii, similemve; atque in §. 87. Mayerum [35]) secutus, non mutatis verbis, tantum post

---

33) Tit. de Justiniani libris juris.

34) Cf. Mayer d. Recht d. Anwachsung. p. 111. sqq., ubi accuratam §§. 75. 78. 86. 87. interpretationem reperies.

35) L. c. p. 122.

verba: „atque si alteri ab altero legatur," majorem distinctionem ponat (.), in sequenti verbo „Quoniam" aut subintelligens aut addens voculam „enim."

De duobus autem ex his §§. paullo fusius dicendum est. Primum de §. 75., unde duo Dig. loci reconciliantur, quos ita contrarios ante reperta Vat. fr. putabant, ut Glückio [36]) aliisque, controversam eam causam inter Sabinianos et Proculianos fuisse, dubium non restiterit. Quum enim l. 1. §. 1. D. de usufr. accresc. (7. 2.) legamus, Julianum, (Sabin.) putare (Ulpianumque, cujus est locus, probare), „si duorum dominorum communi servo ususfructus sit relictus, et utrique ex dominis sit acquisitus, altero repudiante ad alterum pertinere;" contra l. 20. D. de leg. II. (31.) sententia Proculi a Celso exhibetur, eo casu „usumfructum alteri non accrescere." Jam vero nunc ex §. 75., qui integram Ulpiani orationem praebet, videmus, Julianum quidem ita putasse, neque vero Sabinianorum fuisse communem eam sententiam, neque inter scholas controversam; Pomponius enim Juliani sententiam reprobavit, quod contra Neratius e Proculianis ei adstipulatus est. Ipse autem Ulpianus minime eo casu dominis, qui verbis tantum conjuncti intelligi possunt, [37]) jus accrescendi concessit, sed ideo tantum Juliani sententiam probandam putavit,

„quod, quamdiu servus est, cujus persona in legato spectatur, non debet perire portio;"

quae quidem omisit Tribonianus, neglectis juris rationibus, solum rei effectum spectans, ideoque alias proditis contraria scribens.

Alter, de quo disserendum nobis est, locus §. 85.

---

36) Pand. Comm. IX. p. 265. n. 6. ibique citt.

37) Cf. Mayer l. c. p. 115.

est; ubi praeterea, quod aperte confirmantur, quae jam ante reperta Vat. fr. e Cajo et Dig. colligere licuit:

„In damnatione [38]) jus accrescendi cessat, quoniam damnatio partes facit. —

Idemque et si sinendi modo fuerit legatum. —

In fideicommisso id sequimur, quod in damnatione;"

etiam de Senatusconsulto Neroniano notanda leguntur:

„Si rei alienae ususfructus legetur, et ex Neroniano confirmetur legatum, sine dubio dicendum est, jus accrescendi cessare, si modo post constitutum usumfructum fuerit amissus; quodsi ante, et socius amittat, erit danda totius petitio."

Quod quidem Mayer [39]) ex praesumenda testatoris voluntate profectum putat, Schneider [40]) inde, quod fictio SCti prius effectum habere non potuerit, „als bis dasjenige, was durch sie juristisch vermittelt erscheint, schon verwirklicht worden ist." Quarum sententiarum Mayeri juris ratione nimis carere, Schneideri subtilior quam verior videtur. Neque enim omnino damnationem stricte fingendam praeceperat SC.; certe ICtos non tam strenue ei inhaesisse, ex verbis quoque sequentibus liquet: „in Neroniano vindicationis exemplum sequimur," et inde, quod etiam post constitutum ex Neroniano usumfructum utilem actionem dandam putavit, non Ulpianus, sed jam Neratius Priscus. Quodsi vero fictionis natura tam stricte servanda est, negamus, istam fuisse ejus naturam; quoniam, si legatum inutile ea servari debuit, etiam ab initio res ita tractanda erat („perinde esse), ac si optimo jure

38) Cf. §. 87.: „In damnatione ratio non permittebat jus accrescendi."

39) L. c. p. 110.

40) Das Anwachsungsrecht bei Legaten. p. 307.

legatum esset," id quod SC. praeceperat; alioquin verbis SCti satisfactum non esset, neque legatum, quod, ut inutile, ab initio omnino non exstitisset, jure vindicationis censeri potuisset. Potius igitur putamus, totius rei explicationem e verbis seqq.: „in Neroniano vindicationem sequimur," sic esse sumendam: quod SCto cautum erat, ut „perinde esset, ac si optimo jure legatum esset," ICtos non tam stricte interpretatos esse, ut per damnationem legatum esse omnimodo fingerent, sed legatarii partibus faventes ita, ut utraque, et damnatione et vindicatione, conjuncta, maxime ubi propitior esset legatariis, vindicationis exemplum sequerentur. Quod praeterea etiam probabile fit cum inde, quod ita optime intelliguntur loci, qui in Dig. de legatariorum jure elegendi inter rei vindicationem et personalem actionem loquuntur, [41]) tum ex verbis seqq. [42]) nostri §.:

„An tamen in Neroniano (i. e. constituto ex Ner. usufructu), quoniam exemplum vindicationis sequimur, debeat dici, utilem actionem, amisso ab altero usufructu, alteri dandam, quaeri potest: et puto secundum Neratium admittendam."

Id quoque praeterire nolumus, quod ex §. 77. et 84. sequi videtur, si quid legata, usumfructum vel proprietatem, legatarius repudiaverit, id caducum ex lege Papia factum non esse, uti de hereditatibus repudiatis constat. Quae inde, collatis aliis veterum locis, de vera indole caducorum argumentatus est Schneider, videas in ejus libro de jure accrescendi. [43])

41) l. 33. 84. §. 13. l. 85. 108. §. 2. D. de leg. I. (30.) l. 76. §. 8. D. de leg. II. (31.) Cf. Schrader ad §. 2. J. de leg. (2. 20.) Marezoll Giess. Zeitschr. f. Civ. R. u. Proc. IX. p. 88.

42) Quae quidem non intellexisse videtur Buchholtzius.

43) Pag. 101. 111. i. e. 118.

Caput III.

De obligationibus.

Titulus I.

De donationibus ad legem Cinciam.

Quamvis non minima fragmentorum nostrorum pars in hac lege versetur, neque de ulla alia re tam multa nova nobis praestentur, tamen etiamnunc permultum abest, ut perfecta ejus notitia possimus gaudere. Quum enim epitomator noster, pro proposito suo, eos tantum collegerit locos, qui ad jus, quale ipsius tempore in usu esset, pertinerent: factum est, ut id jus satis bene quidem cognoscamus, quonam vero modo ex lege Cincia id sit profectum, quae igitur ipsius legis ratio et argumentum, aperte non dicatur, idque conjecturis tantum ex iis, quae accepimus, sit eruendum. Id vero quibusnam difficultatibus sit implicitum, quantaeque in ea re oriantur dubitationes, jam inde satis cognosci potest, quod, ex quo sunt reperta Vatic. fragmenta, non minus quam undecim [1]) extiterint scriptores, qui de lege Cincia disputationes fecerunt, iique fere omnes inter se discrepantes, neque nos uni

1) Rudorff D. de lege Cincia; Francke Abhandlungen N. I.; Wenk in praef. ad Hauboldii opuscula. p. XXXVIII.; Hasse Rhein. Mus. I. p. 185. III. p. 174.; Unterholzner ibid. II. p. 436. III. p. 153.; Klinkhamer D. de donationibus; Schroeter observat. Nro. V.; Severansius D. ad leg. Cinciam; Zimmern Erlanger Jahrb. VI. p. 48.; Rein quaestiones Tullianae. p. 17.; Warnkönig Erlanger Jahrb. XIII. p. 245.

eorum per omnia adstipulari possimus. Jam vero nos in explicanda nostra sententia hacce agemus ratione, ut primum lectori proponamus, quantum in Vat. fr. aliisve juris Romani fontibus de jure donationum, quale ex lege Cincia profectum erat, relatum ad nos pervenerit; tum periculum faciamus explicandi, quanam ratione inter se cohaereat, neque non, unde originem traxerit hocce jus. Sic optime id quoque liquebit, quod nobis in hoc libello maxime est cordi, quidnam Vat. fr. praestiterint ad cognoscendum hunc juris locum.

§. 1.

Jam inde a Cujacii [2]) tempore controversa fuit res, utrum lege Cincia modus fuerit praefinitus donationibus, nec ne. Loci enim, qui de „Legis modo" in donationibus loquuntur, permulti quidem sunt; [3]) quanam autem lege definitus ille fuerit, nusquam ante Vat. fr. reperta proditum habebant. Quid? quod etiam nunc, cum satis longus „de donationibus ad legem Cinciam" scriptus titulus in Vatic. fragm. servatus nobis sit, unum tantum locum (§. 304.) habemus, unde probetur, lege Cincia eum modum esse praefinitum; attamen, quasi in fatis esset, ne unquam haec res desineret esse controversa, nonnisi per argumentum a contrario etiam hic locus probat:

„Excipit tutorem (lex Cincia) — nam permisit eis, in infinitum donare;"

et in dubium fere res revocatur inde, quod §. 298., ubi eae personae enumerantur, quas primo loco excepit lex, nihil de modo legimus, sed hoc tantum: „eis omnibus

2) Cf. ejus observat. et emendat. XIX, 30.

3) Ulp. fr. I, 1. Paulli sent. rec. V. 11. §. 6. l. 9. §. 1. l. 21. §. 1. l. 23. 24. D. de donation. (39. 5.) c. 34. C. eod. (8. 54.) l. 5. §. 5. D. de doli m. exc. (44. 4.)

inter se donare capere liceto;“ in caeteris autem 68 §§., quos titulus continet, nusquam ne litteram quidem de modo legimus.

Nihilominus quum accedat [4]) ad §. 304., quod l. 5. §. 2 — 5. D. de doli m. exc. (44. 4.), de modo donationum concepta, ex Paulli libro 71. ad edictum est desumta, quem ad legem Cinciam inscriptum fuisse e Vat. fr. §. 298. videmus; non dubitamus, quin cum caeteris legis Cinciae commentatoribus, lege Cincia modum illum esse definitum, pro vero statuamus, ideoque omnes illos locos, quos de donationum modo scriptos habemus, ad legem Cinciam referamus, rejectis Hugonis [5]) dubitationibus. Etiamsi enim inter res impossibiles non sit referendum, praeter legem Cinciam etiam aliam de donationibus latam fuisse legem, donationum modum definientem, ejusque interpretationem ICtos cum legis Cinciae tractatione conjunxisse; tamen ne unam quidem proferre potest rationem Hugo, quae verisimile id reddat.

Quisnam autem fuerit hic modus, utrum idem ac legis Furiae testamentariae, an is, quem postea Theodosius donationibus, actorum confectione celebrandis, praescripsit, an alius, prorsus etiam nunc nos latet, neque minimam ad detegendum eum nobis praebent fragm. nostra ansam; quam ob causam neque oleum neque operam in hac re perdemus.

§. 2.

Legem ipsam aliquas personas a regula, excepisse quam proposuit, id quod nuper, ante edita fragm., Savignius [6]) admodum in dubium revocaverat, nunc e

4) Cf. Schilling Bemerkungen über Röm. Rechtsgesch. p. 101.
5) Rechtsgesch. p. 381. n. 1. (ed. 11.)
6) Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. IV. p. 25.

§§. 298. — 309. constat, qui locum ex Paulli libro 71. ad edictum praestant, quo ipsius legis verba proponuntur, quibus personas quasdam a se excepit; unde iterum, Ulpianum fr. I. 1. et Paullum sent. rec. IV. 1. §. 11. V. 11. §. 4. in hunc modum esse interpretandos, probatur. De personis ita exceptis fusius jam dicendum est.

Rationes, e quibus excipiuntur, non sunt generales, sed ex arcta certarum personarum conjunctione, quae, etiam aliarum legum a prohibitionibus eas excipi, effecit, depromtae; plerumque invicem sunt exceptae personae. Afferuntur a Paullo hae:

I. cognati, iique variis modis privilegio utuntur in donationibus faciendis:

1. omnes quinto gradu cognati, neque non ex sexto gradu sobrinus sobrinave, inter se et donare et capere possunt. §. 298. 299.;

2. Eodem privilegio utuntur eae quoque personae, quae alterius earum in potestate matrimoniove sunt; ubi non obstat, si longioris tum gradus sit cognatio. §. 298. 300. 301. Cujus exceptionis cum alia non posse excogitari videatur ratio, nisi quae ex rei familiaris unitate, quae inter ita conjunctas personas intercessit, descendat, quam maxime offendunt verba: „potestate matrimoniove," cum, nisi in manum uxor convenisset, hanc rei familiaris rationem non intercessisse constet. Qua causa movebatur Wenkius, quem postea secutus est Unterholzner, ut ex §. 300.; qui Paulli legis interpretationem praestat, ita emendandum esse §. 298. putaret, ut pro „matrimoniove" legeretur „manu mancipiove." Atqui cum ipsius legis verba proferantur, eaque bis solam vocem matrimonii exhibeant, idemque etiam de lege Papia legatur §. 216.;

cum Klenzio [7]) potius sentiendum nobis videtur, nihil esse mutandum, sed matrimonium pro manu esse accipiendum, lege scil., quippe cujus latae tempore uxores plerumque in maritorum manum redigebantur, minus accurate concepta. Quae autem addit Klenzius, „vel quia exceptio a manu extendebatur ad caetera matrimonia," ideo vix admittenda erunt, quod ipse Paullus §. 300., legem interpretans, de alio matrimonio non loquitur, nisi quo uxor in manum mariti convenit;

3. Item quocunque gradu cognati, si mulieri virginive dotem conferre volunt, a lege Cincia sunt excepti (§. 305.), quod etiam ad cognatas pertinere negavit Labeo, quem vero refellit Paullus §. 306.

II. Excipiuntur etiam affinium personae, ut privignus, privigna, noverca, vitricus, socer, socrus, gener (quem nonnisi incuria librarii in Ms. esse omissum, non est, qui dubitet), nurus, vir et uxor, sponsus sponsa; §. 302. At donationis tempore affines eas existere oportuit; nam si lex etiam postea exceptas eas voluisset, nominatim id ab ea cavendum fuisse etiam D. Pius rescripsit (§. 303.), quod a lege Papia factum esse e §. 218. videmus. Quod vir et uxor excipiuntur, mirum videri debet, si cui Schillingius [8]) probasse videtur, jam illo aevo prohibitas fuisse donationes inter virum et uxorem. Quod vero cum et aliunde in dubium admodum vocari queat, juvatur certe hoc loco sententia, depravatis demum Romae moribus id jus invaluisse. Wenkii sententia, „post divortium" esse subintelligendum, ipso §. 303. satis refellitur.

Hae igitur personae cunctae invicem a se erant exceptae. Aliter res sese habebat:

---

7) Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. VI. p. 104. not.
8) Bemerkungen. citt. p. 181.

III. in tutore, qui pupillis, quippe quorum parens proprius quasi esset, in infinitum donare potuit, a pupillis capere non potuit, §. 304;

IV. in servis, quive pro servis (Paullus legem interpretans addit: „bona fide") servitutem servierunt. li enim, si manumissi sunt, vel liberi pronunciati, patronis eorumve liberis dare possunt; at ut ab iis capere quoque possint, excepti non videntur. [9]) §§. 307. — 309.

Alias etiam personas exceptas fuisse, quas epitomator noster omiserit, sumendum videtur propter Paulli S. R. V. 11. §. 6.:

„Ei, qui aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, in infinitum donare non prohibemur." [10])

At collegas sodalesque, in lege Servilia exceptos, etiam in hac causa privilegio esse gavisos, e ratione legis exceptionumque potius negaverimus.

§. 3.

Hae igitur personae ita a lege Cincia exceptae esse videntur, ut iis in infinitum donare licuerit; nihilque ideo invenimus, in quo eorum donationes ab jure communi recedant. Personae enim exceptae donationes perficiebant: [11])

---

9) Ita Unterholzner (l. c. §. 7. n. 27.) optime interpretatur §. 309., emendationibus opus non esse ostendens. Est enim hic, ut saepe, mediocritas aurea, quum Rudorffius „ut nec dare nec capere," Hassius „ut et dare et capere" emendandum putassent.

10) Fortasse haec exceptio ab imperatoribus demum addita est.

11) Donatio perfecta inprimis tum appellata esse videtur, cum ex lege Cincia impugnari non potuit: §. 311.: „Perficitur donatio in exceptis personis — quoniam legis Cinciae exceptio non obstat." §. 312.: „In persona non excepti sola mancipatio non perficit donationem." §. 113.: „Perfectam donationem revocare non permittitur." Cf. §§. 268. 275. 278. 293.

1. si sese obligando donare volebant, sola promissione. §. 310. 263. Ex jure enim communi in condictione ex stipulatu differre non potuit, utrum donationis, an alia ex causa stipulatio esset inita. Unde proficiscitur interpretatio §. 103., ubi Paullus respondet, ex donatione non posse petere virum ab uxore (vel contra), nisi id, quod ante matrimonium in stipulatum deductum sit, nimirum propter prohibitas inter conjuges donationes; eo autem casu salvum esse, ut quaeratur, utrum perfecta fuerit donatio, nec ne, quia, scil. nisi sponsae jam erant, sola stipulatione donatio perfici inter eos non potuit. §. 262. 302.

Ut autem ex nudo pacto, vel pollicitatione, etiamsi apud acta, vel scriptis, epistolisve eam confessus esset donator, actio competeret, id quod Savignio ante Vat. fr. reperta visum est, fieri non potuisse multis ex locis videmus, sc. §§. 268. 293. 297. 266 a. 263. 257.

2. Si quis exceptus rem donare voluit, id potuit facere, si res mancipi erat, rem mancipando (§§. 3 0. 263. 268.), si nec mancipi, tradendo (§§. 263. 265. 268. 293. 297. 315. 316.), atque si rem mancipi tantum tradidit, in bona acquirentis ea transiit, isque tum usucapione etiam jus Quiritium in ea acquirere, usque eo autem exceptione rei traditae vindicationem donatoris excludere potuit. Idem juris fuit, si mancipationi vitium inerat, v. c. si mulier sine tutoris auctoritate mancipavit, dummodo eo casu mancipans rem traderet. §. 264.

3. Nominum donationem delegationibus et in jure cessionibus exceptae personae perficere potuerunt. §. 263. 260. [12])

§. 4.

Quum igitur donationum jus inter exceptas personas per legem Cinciam ne minima quidem afficeretur

12) Cf. Consult. vet. ICti. c. 6. c. 11. C. de donation. (8. 54.)

mutatione, inter non exceptas personas, ubi de donationum vi quaestio est, longe aliter actum est. Diversum tamen pro vario rerum donatarum genere obtinebat jus in perficiendis ab iis donationibus, quod quidem nunc e fontibus eruendum erit.

I. Si quis rem corporalem, eamque immobilem, donaturus erat, si mancipi non erat, nulla quidem differentia inter exceptas et non exceptas personas intercessit, ideoque sola traditione, vel inductione in vacuam possessionem, donatio perfecta est, neque repeti potuit res ita donata (§§. 259. 293. 313. 315. 316.); sin mancipi res erat, tum neque sola mancipatione sine traditione, neque traditione sine mancipatione rei donatio perfici potuit, sed ut altera alteri accederet, opus fuit (§. 311. 313.); neque vero id quidquam fecit ad rem, utra alteram sequeretur. In re mancipi tradita, usucapionem locum mancipationis explere potuisse, jam e dominii Quiritarii natura proficiscebatur. §. 259. 293.

In rebus mobilibus idem obtinebat; si mancipi erant, traditione et mancipatione, si nec mancipi, sola traditione opus erat; in utrisque autem id etiam plus accederet debuisse videmus, ut is, cui donatum esset, superior esset interdicto Utrubi. §. 311. 293. Quod quidem quanam ratione sit intelligendum, non una est scriptorum opinio, cum nil uberius de eo prodant fontes; quapropter etiam infra demum disputandum de eo erit.

Caeterum de possessione adquirenda et de traditione peculiares non occurrunt regulae; potius legimus §. 282.;

„Nec ambigi oportet, donationes etiam inter absentes, si ex voluntate donantium possessionem ii, quibus donatum est, nanciscantur, validas esse;“

et §. 313., eum, qui praedium donans usumfructum sibi retineret, constituto possessorio donationem perficere.

In jure cessionis Vat. fr. nusquam mentionem faciunt; at causa non est, quominus eandem ei attribuamus vim, quam mancipationi; [13]) neque vero majorem ei inesse potuisse, ut Unterholzner conjicit, ipso jure infra liquebit, ubi explicabimus, unde omnibus his conditionibus ad perficiendas donationes opus fuerit.

II. Promissione sola, donandi causa supra legis modum facta, donatio non perficiebatur. §. 311. Sin autem quis sciens, cogi se non posse ex donatione, rem promissam tradidit, nec non, si mancipi erat, mancipavit, donationem perfecisse non dubitamus. Nam quod Ulpianus §. 266. dicit, ei, qui exceptione Cinciae tutus solverit, condictionem indebiti competere, eos tantum respicere potest casus, in quibus secundum commune jus omnino condictioni indebiti locus esse potest, scilicet si error aut juris aut facti intercedit; at si quis sciens, exceptione se esse tutum, solvit, eum donandi animo, neque tantum promissa soluturum id facere, quod putat Frankius, dubium haud facile ulli erit. Merito igitur Hassius contra Frankium disputat, absurdum fere id esse, quoniam tum traditio, si nudum pactum antecesserit, quia omni vi destitutum id est, donationem perficeret, sin autem stipulatio antecesserit, non perficeret.

III. Quemadmodum nec promissione, ita nec delegatione, sc. si donator debitorem ad eum, cui donare volebat, delegavit, donatio perfici potuit; quod quidem, cum Vat. fr. taceant, Digesta probant. Dicit enim Celsus l. 21. §. 1. D. de donation. (39. 5.), si quis donationis immodicae causa debitorem delegaverit, rescissoriam actionem ei competere adversus debitorem in id, quod supra modum legis promiserit, quod quidem, si perfecta fuisset donatio, licere ei non potuisset;

---

13) Cf. Consult. c. 6. — „res — quae donatione, mancipatione vel in jure cessione transferuntur.“

et simili casu de Paullo legimus l. 5. §. 5. D. de doli m. exc. (44. 4.), si quis eum, qui supra legis modum donare vellet, ad suum ipsius creditorem delegasset, tum ipsum donatori delegato teneri, ut eum liberaret in id, quod supra modum legis promisisset. Hi igitur loci cum satis aperte rem probent, obstare non possunt l. 2. §. 1. 2. l. 33. D. de donation., quippe quae de modicis donationibus intelligendi, sunt neque l. 8. §. 3. D. ad SC. Vellejan. (16. 1.): „solvit, qui reum delegat;" ubi Ulpianus id tantum efficere vult, ut mulier, debitorem delegando intercedens, ex SC. condictione uti possit, ut liberetur debitor delegatus. Quod autem ipse Celsus l. 21. cit. dicit, debitorem delegatum donatarium agentem exceptione legis Cinciae repellere non posse, „quia perinde esset, quasi exactam a debitore summam donaverit donator (quo facto perfecisset donationem), et donatarius illam crediderit debitori delegato;" respicit idtantum, quae ratio intercedat inter donatarium et debitorem delegatum, negans scil., huic legis Cinciae exceptionem competere (merito videlicet, quoniam ipse non donavit, sed debitum solvit). Quare verba illa etiam de donatore, quasi etiam inter eum et donatarium perinde id esset, intelligere non licet; in rationibus autem decidendi proferendis veteres ICtos saepius aliquantulum dormitasse satis constat. [14])

Jam vero quaeritur, quando delegatione coepta donatio fiat perfecta? Solam debitoris solutionem non sufficere, videmus e verbis finalibus l. 21.:

„Sin autem pecunias a debitore meo exegisti, in hoc, quod modum legis excedit, habeo contra te condictionem;"

neque sane fieri potuit, si donator jus revocandi

14) Cf. l. 3. pr. D. de offic. proc. Caes. (1. 19.) l. 91. ad leg. Falc. (35. 2.) Christiansen Rechtsgesch. I. p. 307. not.

donationem habebat, id mero debitoris facto ei tolli; [15]) quare, ut donatoris aut consensus solutioni accederet, aut ratihabitio eam sequeretur, non necesse esse non potuit.

IV. De liberatione donata, quae non expromissione contingeret, iterum Vat. tacent. At e l. 1. §. 1. D. quib. mod. pign. (20. 6.) [16]) videmus, nudo pacto talem donationem perfici non potuisse:

„Cum venditor — pretium emtori litteris ad eam missis donasset, donationem quibusdam modis inutilem esse constabat."

Quod pacto futuri temporis usuras remitti vel minui posse, neque in ea donatione ex summae quantitate vitium incurrere l. 23. D. de donat. dicitur, contrarium non est, quia proprie ea liberationis donatio non est, cum futuri temporis usurae nondum debeantur, ideoque mutatio potius pacti, ex quo usurae solvendae sint, intercedat, quam donatio debiti. Ex odio usurarum interpretantur locum Hassius et Giphanius; [17]) at nimium id odium nobis videtur.

Acceptilatione autem num liberationis donatio sit perfecta, de eo neque Vat. neque Dig. certi quidquam produnt; nam l. 17. D. de donat. etiam de modicis tantum donationibus intelligi potest. Attamen potius affirmanda videtur quaestio, tum propter l. 2. C. de acceptilat. (8. 44.):

„Si donationis gratia per acceptilationem praestitisti liberationem, omnis via agendi peremta est;"

---

15) Quare, jam ante solutionem revocatam esse donationem, casibus v. 21. et l. 5. citt., esse subintelligendum, non aeque necesse nobis videtur, atque Hassio.

16) Cujus quidem loci accuratam interpretationem reperies apud Frankium, l. c. p. 50.

17) Lectiones Altorff. p. 115.

tum propter ipsam hujus juris indolem, quoniam acceptilatione tota obligatio ipso jure tollebatur, nihil igitur donatori ad perficiendam donationem supererat, quum pactum per exceptionem tantum sustulerit obligationem.

V. De servitutibus caeterisque juribus in re donationis causa constituendis nusquam proditum quidquam habemus; certe perfecte erant donatae, si jure erant constitutae.

§. 5.

Hac igitur ratione si perfecisset donationem donator, jure illa stabat, etiamsi legitimum modum excederet, neque rescindi poterat mutata donatoris voluntate, sive propter ingratitudinem donatarii eam mutasset, sive aliam ob causam.

Negatur id a solo Wenkio. At tam multis locis aut aperte dicitur, perfectas donationes revocari non posse, [18]) aut ideo tantum res donatas auferri posse legimus, quia perfecta non fuisset donatio, [19]) ut dubium esse non possit, etiam §. 275. ita esse interpretandum, ut generali regula idem exprimat:

„Perfectam donationem mutata voluntate donatoris, etsi parum gratis existat, cui dono res data est, minime contendi posse saepe rescriptum est."

Paragraphum, uti nunc legitur, sensum aptum omnino non praebere, si verbum „contendi" sensu vulgari pro „dici s. affirmari" accipere velis, neminem jam latebit; num autem id accipiendum sit pro „impugnari" (bestreiten), an legendum sit „contundi, condici, rescindi," an initio §i praeponendum sit „post" vel „contra," decidere nostrum non est.

---

18) Vat fr. §§. 259. 266 a. 268. 285. 297.

19) Vat. fr. §§. 253 a. 262. 279. 284. 293.

Per argumentum a contrario etiam §§. 282. et 272. eam sententiam probant, quum §. 282. in integrum restitutione esse succurrendum ei, qui donationem perfecerat, dicatur, et in §. 272. exceptio a communi regula proponatur: [20])

„Inter patronos et libertos de jure donationum tractari non oportet, cum, etsi perfectis donationibus in possessionem inductus libertus quanto libet tempore ea, quae sibi donata sunt, pleno jure ut dominus possederit, tamen omnis donatio mutata patronorum voluntate revocanda sit.“

§. 6.

Anteaquam autem donator donationem coeptam perfecisset, quomodo res sese habuerit, nunc inquiremus. Generaliter igitur primum hic disserere e re nobis videtur, quaenam donatori competierint remedia juris ad tuenda sua jura, qualisque eorum natura sit; tum qui per singulos casus eorum fuerit usus, referemus.

1. Primum in hac re dicendum est de exceptione, quae contra vindicantem vel condicentem ex donatione donatarium competebat; ejusque duplicem invenimus formam. Aut enim in jus erat concepta, quae appellatione exceptionis legis Cinciae venit; aut in factum ita erat concepta: „si non donationis causa mancipavi vel promisi, me daturum;“ §. 310. Inter eas quaenam obtinuerit differentia, se ignorare, scriptores, qui hanc quaestionem attigerunt, plerique sunt confessi; fortasse autem non omnino a vero abesse tibi videbitur haec sententia. Si quis adjecta causa donationis rem vindicavit, cujus pretium ultra legis modum procederet, vel ultra eum modum ex stipulatione ageret, exceptio

20) Cf. infra alt. tit. de donation. §. 4.

legis Cinciae opposita ei fuisse videtur; tum enim nulla re opus erat, nisi ut exciperetur, lege Cincia prohibitam esse tantam donationem. Sin autem quis vindicaret vel condiceret ex stipulatione, donationis causa non adjecta, legis Cinciae exceptione summoveri non potuit, antequam liqueret, omnino donationis causa mancipationem vel promissionem esse factam; itaque in factum excepit donator „si non donationis causa mancipavi vel promisi;" neque opus fuit, ut adjiceret „immodicae donationis causa," quoniam, si id, quod petebatur, modum non excederet, exceptio omnino non dabatur, quippe quod contra actionem ex modica donatione exceptio omnino non competebat, aut si nondum liqueret de modo, probandus fuit; sin autem modum excederet, id, quod petebatur, tum, simulac pateret, donationis causa mancipatum vel promissum esse, propter plus petitionem causa cadebat actor. Ita si de hujus exceptionis conceptione sentis, errare Frankium dices, e formulae conceptione, quod non dicatur „immodicae don.," argumentantem, hanc exceptionem cuique actioni ex donatione, etiamsi minima esset, obstitisse. Aliter de differentia sentit Unterholzner, in factum exceptionem esse datam, si dubium non exstaret, immodicam esse donationem; ea vero differentia nulla fere fuisset, quia etiam legis Cinciae exceptioni locum tum fuisse dubitare nemo poterit. [21])

Quomodo id sit interpretandum, quod §. 266. c. f. legimus:

— „exceptione Cinciae uti potuit non solum ipse, verum, ut Proculiani contra Sabinianos [22]) putant,

---

21) Tertiam, quam reperire sibi visus est Hassius in §. 312. hujus exceptionis formulam, fictitiam esse, atque ex falsa §i interpretatione profectam, Unterholzner probavit, l. c. §. 12. n. 56.

22) Recte ita mutasse Rudorffium pro „tabulas" (Sab. pro tab),

etiam quivis, quasi popularis sit haec exceptio;“

difficillime est dictu, cum neque Schroetero adstipulari possimus, qui popularem exceptionem cum ea commiscet, quam vulgarem dicit Ulpianus, [23]) sc. quae popularis actione convento contra eum competit, qui ex eadem causa iterum convenire eum vult; neque Frankio, qui id tantum Ulpianum negare putat, sic in rem esse exceptionem Cinciae, ut etiam debitori donationis causa delegato contra donatarium competat, eaque ratione contumeliose eum dicere „quasi sit popularis,“ facete et ὑπερβολικῶς respicientem populares actiones. Maxime fatemur, cum verbis convenire videri nobis Schraderi sententiam, a caeteris fere neglectam: sc. in hac causa intercedere conjunctionem quandam ejus legis Cinciae capitis, quo patroni ob causam orandam donationes accipere prohibebantur, cum altero, quod ad caeteras donationes spectabat; eam prohibitionem publici juris fuisse, cui privatorum pactis derogari non potest, ideoque, ut melius observaretur, oratori ex donatione agenti, si ipse reus id non faceret, a quovis ex populo exceptionem opponi potuisse; Proculianos autem, eandem rationem et in caeteris donationibus obtinere, putasse. Quam sententiam si recipis, jam patet, quo sensu Ulpianus dicat „quasi popularis sit;“ neque offendit, quod Celsus, qui Proculianorum a partibus stetit, [24]) l. 21. D. de donat. (39. 5.) debitori donationis causa delegato contra donatarium exceptionem Cinciae competere negat (ideo sc., quod is non ex donatione, sed ex debito suo convenitur), quum in Frankii sententia, Celsum a scholae

---

quod Cod. Vat. exhibet, solus negat Frankius; cum Rudorffio consentientibus caeteris omnibus.

23) l. 3. pr. D. de popular. act. (47. 23.)

24) l. 2. §. 47. D. de O. J. (1. 2.)

suae sententia recessisse, putandum esset. Fuisse autem publici juris prohibitionem illam, videmus tum ex ratione legis, qua prorsus prohibere voluit Cincius, quominus ob causam orandam pecunia daretur, qua de causa etiam cautum ea erat, „ne quis ob causam orandam pecuniam donumve accipiat;“ [25]) tum inde, quod poenae in eos, qui contra facerent, constitutae esse videntur; [26]) denique, quod Trajani tempore ipsi clientes, pro quibus orabatur, jurare initio processus debebant, „nihil se ob advocationem cuiquam dedisse, promisisse, cavisse.“ [27])

Jam vero hac exceptione, si res ita ferrent, etiam replicando uti potuisse donatorem, e §. 259. videmus, ubi rem mancipi, quia tradita tantum erat, donatorem vindicare, exceptionemque rei traditae replicatione Cinciae infirmare posse, legimus. Perfectae autem donationis exceptio replicatione summoveri non potuit.

Denique id quoque praetermittendum non est, interdum, ubi competeret exceptio, omnino agenti formulam actionis datam non esse, neque judicium constitutum esse videri. Sic certe interpretandus videtur §. 267.:

„Actio nova ex promissione, quae donationis causa facta sit, dari non solit;“

ubi cum Hassio pro „nova“ legendum putamus „nuda,“ sive potius „sola;“ [28]) nam novam promissionem cum Unterholznero eam intelligere, quae nudum pactum secuta sit, minus placet.

---

25) Cass. Dio. ed. Reim. p. 747. c. 54.

26) Taciti annal. XI. 6.

27) Plin. epist. V, 21.

28) Cf. §. 310. 311. „sola — promissio non perficit donationem.“

2. Praeter hanc exceptionem etiam condictionis mentionem factam videmus. Eaque potuit esse indebiti (§. 266.), si quis solverat, aut jus Cinciae ignorans, aut pretium rei donatae; indebitum enim accipitur, si quis exceptione perpetua tutus solvit.

Tum vero etiam condictionem, quae sine causa, vel ex injusta causa appellari debebit, competere donatori contra donatarium affirmatur l. 21. §. 1. D. de donat., si donatoris debitor donationis causa ad donatarium delegatus, revocata a donatore donatione, tamen solvat; et l. 5. §. 5. D. de dol. m. exc., si quis donatarii creditori promittendo donet, tum enim, anteaquam conveniatur ex promissione, condictionem competere donatori contra donatarium, ut eum liberet, et si conventus jam solverit, ut reddat ei pecuniam, quoniam donator contra creditorem donatarii, qui suum tantum petit, exceptione uti non potuit.

3. Etiam de rescissoria actione loquitur l. 21. cit., quae non videtur esse peculiaris quaedam contra donatarium actio ad rescindendam donationem, sed potius, ut recte jam glossa et Giphanius definierunt, vetus actio, quam donator debitorem delegans amiserat, restituta, [29]) quia donator nondum perfectam donationem revocare potuit, eo autem jure si uti vellet, vetus contra debitorem actio non competere non potuit. Hassius ex hac actione probare vult, etiam contra donatarium rescissoriam in rem actionem esse datam, si res donationis causa mancipata, at non tradita, casu in possessionem donatarii venisset: tum, nisi interdictum competisset, donatorem, quasi mancipata non esset,

---

29) Quemadmodum etiam in SC. Vellejano restituta contra priorem debitorem actio rescissoria appellatur. l. 16. C. ad SC. Vellej. (4. 29.) l. 32. i. f. D. eod. (16. 1.)

rescissorie rem vindicare potuisse, quoniam ineptum fuisset, solo casu donationem perfici posse. Quod quidem donatori non licuisse etiamsi testimoniis deficientibus demonstrare non possimus, tamen licuisse certe hoc ex loco non probatur, et de ratione perficiendae eo casu donationis longe aliter esse actum mox ostendemus.

4. Num etiam, quod Vat. fr. de interdicto Utrubi proferunt, ita sit interpretandum, ut eo donator rem mobilem traditam revocare potuerit, vehementer disceptatur inter vv. dd. Cuinam sententiae nos faveamus, infra demum explicare possumus.

§. 7.

Jam id restat, ut ostendamus, quemnam fuisse in singulis casibus exceptionum et actionum, quas enumeravimus, usum fontibus nostris edoceamur.

I. Si promissum petebat ex stipulatione is, cui donatum erat, aut omnino actio ei denegabatur (§. 267.), aut data legis Cinciae vel in factum exceptione summovebatur (§. 266. 310.); idque non minus, si contra fidejussorem, quam si contra ipsum donatorem agebat. l. 24. D. de donat.

II. Si res immobiles in donatione erant, eaeque mancipi, quamdiu mancipatae tantum, necdum traditae erant, si vindicare eas volebat donatarius a donatore, iisdem exceptionibus removebatur. §. 310. Quamdiu autem traditae, neque vero mancipatae, vel usucaptae erant, donator vindicatione possessionem earum petere potuit, exceptione rei donatae et traditae replicatione legis Cinciae (vel etiam in factum) infirmata. §. 259. Quodsi non traditione a donatore facta, sed alia ratione rei mancipatae possessionem nactus esset donatarius, rescissoriam in rem actionem donatori

competisse, ab Hassio contendi, neque vero probari, supra diximus. Jure communi de re actum esse nos putamus: ideoque, nisi interdictum competeret, intererat, utrum ex justa causa, an sine justa causa possessionem nactus esset donatarius: quodsi ex justa causa, donator rem auferre ei non potuit, tum enim non ex (imperfectae) donationis titulo, sed ex alia illa causa donatarius rem possidebat (ideoque adeo iniquum non erat, donatorem vindicatione, quippe qua ipse sese abdicaverat, uti non posse). At perfecta donatio inde fieri non potuit, ideoque, si donator iterum in possessionem rei veniret, donatarii vindicationem Cinciae exceptione excludere potuit; sin autem sine justa causa rei possessionem acquisierat donatarius, tum condictio sine causa, vel ex injusta causa non competere non potuit donatori.

Rei immobilis, quae nec mancipi erat, veluti praedii stipendiarii, donatio, antequam traderetur res, nec coepta quidem videbatur. §. 293.

Eodem, quo immobiles, etiam mobiles res utebantur jure, praeterquam quod, donec interdicto Utrubi superior esset is, cui donatum esset, auferri a donatore res interdicto potuit, certe, ut infra videbis, ex nostra sententia. §. 311. 293.

Mancipationis munera etiam usucapionem explesse, supra monuimus. §. 259. 293.

§. 8.

Legis Cinciae exceptionem, utpote quae in rem esset, semper ad heredes donatoris transiisse aliquis putaverit; at paullo aliter eam rem sese habuisse videmus. Quia enim „fac non esset, inquietari donationes, quas is, qui donaverat, in diem vitae suae non revocasset“ (§. 272.): ita defuncto donatore, donationes ab eo coeptas pro perfectis habendas putaverunt, primum

ut videtur, imperatores. Itaque contra exceptionem legis Cinciae, ab heredibus donatoris oppositam, doli replicationem donatariis dandam constituerunt; condictioni autem, si qua competeret heredibus, exceptionem doli opponendam, vel duplicationem, si exceptionem rei donatae replicatione Cinciae heredes summovere conarentur. §. 272. 312. 266. 259.

Propterea autem, quod ita donatio morte donatoris convaluit, mortis causa donationibus non aequiparata est, ideoque Latino quoque Juniano ex tali donatione capere licuit (§. 259.); heredibus vero tali ex donatione conventis Quartam Falcidiam deducere licere non potuit. [30])

§. 9.

Jam igitur exposuimus, quantum in fontibus juris Romani relatum reperimus de jure donationum, quale ex lege Cincia, nisi prorsus ea conditum, tamen originem suam traxit. Restat altera disputationis nostrae de lege Cincia pars, qua exponemus, quanam ratione inter se cohaereant, quaecunque singula hucusque retulimus, undeque sit profectum hocce jus, num lege Cincia ipsa ita sit conditum, an praetorum edictis, ICtorumve interpretationibus, originem debeat, lege Cincia tantum veluti ansam praebente. Quacum quaestione et illae sunt conjunctae: 1) quidnam fuerit legis Cinciae argumentum; 2) conditiones illae perficiendarum donationum fuerintne necessariae tantum in immodicis donationibus, an etiam, si infra modum donabatur; 3) nondum perfectae donationes utrum in totum, an in id tantum, quod legis modum excederet, revocari potuerint; 4) quid de interdicti Utrubi in hac re origine, vi et qualitate statuendum sit.

30) Cf. §. 281. c. l. 32. §. 1. D. de don. i. v. e. u. (24. 1.). Hasse l. c. p. 213. n. 48.

Quantum, ut de eo primum loquamur, ad argumentum legis attinet, id nunc constat, quod prohibuit lex Cincia, quominus ultra certum modum donaretur, excepit autem ab ea prohibitione personas quasdam. An vero tam imperfecta fuerit lex, ut praeter haec nihil praeciperet, non constat. Non rescidisse eam donationes supra modum factas, ex Vat. fr. satis quidem liquet, ut inde, si quid restat dubii, etiam Ulpiani illud „si plus donatum sit, non rescindit" ad legem Cinciam esse referendum, fere removeatur. Quaeritur autem, et valde disceptatur, quatenus jus, quod supra retulimus, ipsi legi Cinciae originem debeat: num igitur lex caverit aliquid de modis, vel formis perficiendarum donationum? num de remediis juris, quibus ad effectum perduci ea debeat?

Quarum quaestionum priorem negare nullatenus dubitamus; nam per omnes modos negotiaque, quibus donari potest, specialiter illud esse factum, prorsus a specie veri abhorrere videtur; cum arte autem Cincium generaliter de cunctis simul statuisse, pro magna eorum varietate a temporis illius ingenio alienum videtur, cum Quintum Mucium demum primum fuisse, qui jus civile generatim constituerit, ex Pomponio sciamus; quo quidem majorem veri speciem nec illud habet, Cincium de una vel altera tantum specie, veluti de rerum donationibus solis cavisse. Ad quae accedit, quod animo perpendas velimus, illos proprie minime esse modos et formas, quales negotiis perficiendis praescribere solent leges, qualesque etiam postea praescripserunt donationibus imperatores, sed potius conditiones tantum et causas, sub quibus donationes revocari nequibant, quae vero, ut ostendemus, si prohibuerat, at rescindi non jusserat lex immodicas donationes, ex juris communis ratione in singulis causis proficiscebantur, et quae ideo quoque pro diversitate negotiorum,

quibus donari potuit, tam diversae esse potuerunt, et ejusmodi, ut data opera ita ex cogitari et constitui nulla fere ratione possent; quo v. c. pertinet, quod in donatione rei nec mancipi immobilis omnino non intererat inter exceptas et non exceptas personas, et facilius perficiebatur donatio rei nec mancipi immobilis, quam mobilis. Denique etiam inde, si lex nihil de perficiendis donationibus caverat, intelligi optime quoque potest, quod Ulpianus (fr. I, 1.) solummodo negat, donationes supra modum ex lege Cincia rescindi posse; quod bene non quadraret, si lex expresse immodicas donationes, si praecepto modo perfectae essent, confirmasset.

Quodsi autem ita effecisse nobis videmur, de modis perficiendarum donationum nihil cavisse legem, alteram quaestionem, utrum lex praeceperit aliquid de modis, quibus ad effectum perduci deberet ejus prohibitio (de exceptionibus loquimur et actionibus), an imperfecta fuerit etiam hoc sensu, [31]) decidere non posse fatemur. Quum enim, aliis argumentis prorsus deficientibus, nonnisi e ratione juris, quod ex lege Cincia profectum Vat. fr. nobis praestatur, argumentationes promere possimus, inde neutram illarum sententiarum refelli posse putamus. Id enim liquere quidem videtur, omne illud, quod supra retulimus, exceptionum ad infirmandas donationes jus jam ipsa lege propositum non fuisse, sed certe magna ex parte ex jurisdictione praetoris ICtorumque prudentia substantiam cepisse; utrum autem exceptionem illam Cinciae ipsa lex proposuerit, an praetori edicto proponendum injunxerit vel reliquerit, dici non

---

31) Imperfectae enim legis notionem neque hoc solo sensu, ut Schrader Hassiusque volunt, neque eo solo, quo Ulpianus fr. init. uti videtur „quae prohibet — non rescindit," accipi debere putamus.

potest; quum utroque casu reliqui juris eadem constitutio esse debuerit. Neque enim totum illud jus ex mero constituentium arbitrio ortum, sed ex ipsa juris elegantia profectum esse, non contendere possumus. Quoniam enim lex Cincia donationes supra modum prohibuerat, tamen rescindi eas non jusserat; res ita praetori ICtisque tractanda videri debuit, visamque esse patet, si confers, quae singula ex Vat. fr. edocemur: simulac omne id lucrum, quod donator donatione in alterum transferre vult, in patrimonium alterius ex omni parte transiit, ita ut omni numero absolutum et finitum appareat donationis negotium, perfecta est donatio, neque rescindi ea potest; quamdiu autem non ita est, sed aliquid jus adhuc remanet apud donatorem, quo sese abdicet necesse est, ut totum jus, quod in donatione continetur, ad alterum pertineat, omnique numero absoluta et perfecta videatur donatio, tueri debet praetor donatorem exceptione vel replicatione, si donatarius aut jus sibi assumit ex donatione prohibendi donatorem, quominus jure suo utatur, aut cogere eum vult ad perficiendam donationem. Quia vero ita in donatoris arbitrio erat positum, utrum donationem nondum perfectam infirmare vellet, nec ne, postea, quum ICti generatim hoc jus constituerent, ita rem tractarunt: perfectam donationem rescindi non posse, perfici hoc vel illo modo, eo usque revocari posse; tum etiam, quia perpetua exceptione tutus omnino debere non videbatur, condictiones pro ratione legis in quibusdam causis dandas esse, putaverunt; eas enim ex interpretatione demum ICtorum donatori esse datas, ex locorum, quibus proponuntur, tenore satis liquere putamus.

Jam quomodo ex hac ratione profecta sint, quaecunque singula fontes praestant, erit demonstrandum:

I. Si quis donationis causa rem mancipi immobi-

lem mancipaverat, sed non tradiderat, ne etiam tradere cogeretur vindicatione, exceptionem legis Cinciae dedit praetor; si quis tradiderat, sed non mancipaverat, ne exceptione rei donatae et traditae inutilis fieret vindicatio adhuc competens, replicationem dedit; si et mancipaverat et tradiderat, perfecta erat donatio.

II. Si res nec mancipi immobilis tradita erat, dominium ex jure Quiritium ad alterum pertinebat, perfecta igitur erat donatio; non traditae peti non poterant res.

III. In rebus mobilibus tam mancipi, quam nec mancipi, prorsus eadem non fuit ratio. Potuit quidem videri, re nec mancipi tradita, re mancipi tradita atque mancipata, perfectam esse donationem. Quum autem praetor edixisset:

„Utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujusce anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto;“

consequens videri debuit, quousque nondum majorem partem anni donatarius rem donatam possederat, in hoc interdicto, sicuti in vindicatione rei mancipi tantum traditae, exceptionem rei donatae et traditae replicatione Cinciae elidi; licet in aliis negotiis, v. c. in venditione, tam is, qui rem mobilem traditam interdicto auferre, quam qui rem traditam vindicare voluit, exceptione rei traditae prorsus removeretur. Neque id ad rem quidquam facere potuit, ut cum Rudorffio multi putant, quod in hoc interdicto ex justo titulo possidenti auctoris possessionem accedere legimus. Quum enim, quia secundum verba praetoris interdictum donatori competebat, etiam haec exceptio non minus, quam rei traditae, replicatione Cinciae elidi debuisset; omnino etiam negandum videtur, sola accessione possessionis auctorem possessionis, qui interdicto utrubi successori rem auferre vellet, re-

moveri potuisse. Quoniam enim is, qui interdicto Utrubi, quod retinendae est possessionis, utitur, id intendit, non jure esse possessionem apud alterum, potius ad se ipsum adhuc eam pertinere, ipse auctor igitur possessionis, si interdicto successorem convenit, eo ipso, quod agit, negat, justae possessionis auctorem alteri se esse: fieri non potest, ut accessione possessionis removeatur, quum haec in eo consistat, quod justi auctoris possessio ejus successori in computationem venit, ideoque, anteaquam ea computatione uti possit reus, probandum ei sit, justo modo ad se pervenisse possessionem, falsam esse actoris intentionem, ab ipso possessionem esse translatam, quod quidem exceptione doli, rei traditae similive fieri debet. Mira quoque sane fuisset computatio, quum aut omnino non possedisse auctorem, aut utrumque possedisse, fingendum fuisset, quod neutrum simplici interdicti et rationi et conceptioni contrarium non esse potest. Neque fontes sententiam nostram rejiciunt. Cajum enim (IV. 151.) de eo casu esse intelligendum, si contra tertium accessio possessionis computari debet, jam Schrader monuit; l. 14. §. 5. D. de divers. temp. (44. 3.) autem, si omnino in interdictis versatur, de eo casu intelligenda videtur, si ipse novissimus possessor contra auctorem suum, ex nova causa possessionem turbantem, cujusvis tertii igitur jure judicandum, interdicto agit.

IV. Quemadmodum si vindicatione, ita etiam, si condictione ex promissione donationis causa facta res petebantur, exceptione tuendus erat donator. Inde vero etiam sequebatur:

1. Quia indebitum solutum accipitur non solum, si omnino non debebatur, sed et, si per exceptionem perpetuam peti non poterat, etiam repetere posse necesse erat, si quis contra legem Cinciam obligatus non excepto solverat. §. 266.

2. Delegatione donatio perfici non magis poterat videri, quam promissione, quia sc. utroque casu etiam actione opus erat, ut lucrum, quod in donatione erat, revera apud donatarium esset. Ne igitur ejus, qui alium pro se promittere juberet, deterior esset causa, quam ejus, qui ipse promisit, quum debitori delegato ipsi Cinciae exceptio competere non posset; eo casu restitutoriam illam actionem condictionemque donatori dari, aequum ICtis videri debuit, de quibus supra §. 7. sermo fuit.

3. Eadem ratio obtinebat, si non ei ipsi, cui donare volebat, sed ejus creditori promiserat donator.

V. Denique liquet, liberationem pacto perfecte donari non potuisse, quia sc. id donatoris actionem non tollebat; acceptilatione autem, quippe qua ipso jure omnis obligatio tollebatur, perfici donationem oportuisse.

Ex his, quae proposuimus, facile liquet, quae nunc sola restet quaestio, sc. utrum exceptiones illae, replicationes et actiones in id tantum competierint, quod supra legis modum fuerat donatum, an in totum donationes revocari potuerint. Nimirum cum ipso jure nullae donationes immodicae non fuerint, sed tantum propter legis prohibitionem donationum perfectionem potuerint recusare donatores: simulac quis id tantum, quod infra modum erat, petebat, legis prohibitio non obstabat, ideoque exceptio non competebat, et e contrario si, quod infra modum erat, repetebat donator, rei donatae exceptionem replicatione Cinciae infirmare non poterat; sin autem sive donatarius sive donator totum petebant, propter plus petitionem causa non cadere non poterant, neque iterum in judicium rem deducere iis licebat.

Quia vero legis modi in Vatic. fragm. nusquam fit mentio, atque formula exceptionis „si non donationis causa promisi“ nihil de immodica donatione continet, Frankius omnino modum momenti fuisse negat, sed

quamvis donationem non perfectam revocari potuisse putat, illis rationibus addens, aperte id ex constitutionibus imperatorum a Constantino usque ad Justinianum elucere. Quantum autem ad formulam istam attinet, supra monuimus, multo aliam ob causam nihil de modo eam continuisse. Tum quod in fragmentis nostris modi mentio non fit, inde evenire facile potuit, immo fere debuit, quod donationes infra modum singulari jure omnino non utebantur, sed ex communi jure dijudicabantur, ideoque quaestiones de proprio donationum jure, quale ex lege Cincia profectum esset, nisi in immodicis donationibus, oriri omnino non potuerunt. Itaque cum epitomator noster de iis tantum donationibus, in quibus jus legis Cinciae obtineret, locos congregare vellet, in quibus igitur ex donationum qualitate vel ex antecedentibus, quae omisit, patebat, de cujus modi donationibus sermo esset, modi mentionem non fieri in Vat. fr., mirum esse non potest; quibus accedit, praeter ea, quae supra §. 1. diximus, quod in Dig. saepius aperte modi mentionem factam videmus, ubi quidem ii loci, in quibus tota quaestio in modo illo versatur, interpolationibus certe non laborant; [32]) contra in aliis locis [33]) aperte legimus, etiam ex promissionibus, donationis causa factis, actiones competere contra donatorem, id quod fieri non potuisset, si omnibus donationibus exceptio opposita fuisset. Si quis ita praeparato animo ad constitutiones illas [34]) accedit, certe neque iis probari ei videbitur Frankii sententia. Eae enim, cum nil aliud dicant, nisi apud acta donationes esse conficiendas, inter modicas immodicasque nil distinguentes, aut ita cum

---

32) l. 9. §. 1. l. 11. 21. D. de donat. (39. 5.)
33) l. 2. pr. §. 1—1. l. 12. 22. 23. D. eod. t.
34) Vat. fr. §. 249. l. 3. 5. C. Th. de donat.

Unterholznero interpretandae sunt, ut ad immodicas tantum donationes [35]) eas referas, nimirum quia ineptum fuisset, si in minimis donationibus tantae solemnitates requisitae essent, quantas proponit §. 249.; aut ita, usu venisse, ut majores donationes, etiam eae, quae modum nondum excederent, apud acta confiterentur, [36]) ideoque imperatores, hujus consuetudinis habita ratione, inconsultius omnibus donationibus perficiendis eam necessitatem injunxisse, id autem per desuetudinem in minoribus observatum non esse, indeque venisse, ut postea in immodicis tantum id requireretur.

§. 10.

Ad accuratius cognoscendas mutationes, quibus hoc donationum jus postea ab imperatoribus sit affectum, perpauca fragm. nostra conferunt, quorum major pars in beneficio illo versatur, quod a D. Pio parentibus ac liberis esse concessum, jam l. 4. C. Th. de donation. (8. 12.) docuit. Quum enim constituisse eum ibi dicat Constantinus:

„valere donationes inter liberos ac parentes, licet neque mancipatio dicatur neque traditio subsequuta, sed nuda tantum voluntas claruerit, quae non dubium consilium teneat, sed judicium animi tale proferat, ut nulla quaestio voluntatis possit irrepere;“

illius quidem D. Pii constitutionis talem consuetudine factam esse interpretationem ex Vat. fr. videmus, ut donationes perfectae intelligerentur, donationum instrumentis traditis, neve „scrupulosa de traditione re-

35) Certe §. 249. in verbis „ad universum donationum genus“ Constantinum non quantitatem donationum respicere, sed, ut ipse modo post dicit, „omnes earum species,“ ex tenore legis satis liquet.

36) Cf. §. 266. 268. 285. 297. 314.

rum admitteretur inquisitio.“ §. 314. Namque tantum apud acta professa donatione, vel instrumentis confectis, nondum vero traditis, liberalitatem, quoniam adsignatis instrumentis minime coepta esset, invalidam esse, Diocletianus et Constantinus rescripserunt §. 297. 266. 268. 285.

Omnium bonorum autem donatio per epistolam, citra stipulationem, neque in filiis rite fieri potuit; sed singularum rerum traditionibus, nominum delegationibus vel cessionibns opus fuit. §. 263.

Donationum insinuationes s. apud acta professiones, quas postea in omnibus donationibus celebrandas praeceperunt imperatores, e fragm. nostris intelligimus, jam Severi tempore, cum nondum praeceptae essent, tamen frequenti in usu fuisse. §§. 266. 268. 285. 297. 314.

Perlongus §. 249. si quid utile continet, jam dudum in l. 1. C. Th. de donation. (8. 14.) exceptum habuimus; tantum constitutionis „nuper a Constantino de exceptis personis factae“ mentio fit, de qua in C. Th. nihil legimus. Ea vero utrum l. 4. C. Th. eod. t. sit intelligenda, disceptatur; [37]) at decidi nondum posse videtur.

Titulus II.

Alter de donationibus titulus.

Praeter ea, quae cum lege Cincia conjuncta sunt, etiam alia quaedam Vat. fr. de donationibus afferunt, quae jam recensenda sunt.

§. 1.

De donationibus patrum familias in liberos eorum potestati subjectos. Quum pro

37) Cf. Wenck l. c. nro. XV. Buchholtz ad h. l.

antiqua patriae potestatis apud Romanos indole filii familias proprium quidquam habere non potuerint, patrum in eos factae donationes nullae fuerunt. Quidquid enim donabant, in filiorum peculium transiit; cum eo adimi potuit, cum eo post mortem patris inter alia ejusdem bona ad ejus heredes transmissum est. Itaque rerum donatarum usucapio filiis competebat neque vivo patre, neque si post mortem ejus coheres apud eos rerum possessionem errore lapsus reliquerat. §. 296. Cujus juris neque inde potuit oriri mutatio, quod contra legem Cinciam factas donationes validas esse placuit, si voluntate usque ad mortem donator perseverasset, in quibus sc. donationibus prorsus diversa obtinebat ratio. Neque enim, cum pater filio omnino donare non potuerit, prodesse potuit filiis, non mutari voluntatem, quoniam quae praecessit donatio in totum irrita erat. §. 294.

Eleganter igitur Papinianus id quoque quidquam facere ad rem negat, quod id, „quod vir uxori dedit, morte soluto matrimonio, si voluntas perseveraret, auferri non oportere, maximi principes suaserunt, et senatus censuit.“ §. 294. Tales enim donationes nullas esse, non ex principiis juris civilis sequebatur, sed propter utilitatem receptum erat, ideoque deficiente utilitate convalescere rationi consentaneum erat. Ad quod accessit, quod Papinianus in fine §. 294. proponit verbis „sed nimirum — contendunt,“ quod ita interpretandum videtur: conjuges, quibus id, quod ex donatione ab altero conjuge acceperunt, adimitur, plerumque nihil ex alterius bonis accipiunt; avarum igitur et durum videtur, heredem eripere donationem forsitan adversus supremam voluntatem ejus, qui donaverat; liberi autem ad bona paterna, sin minus ex titulo donationis, certe ex titulo hereditatis perveniunt, avaritia igitur, ut plus habeant, quam fratres, plerique moventur, si donationes praecipere sibi contendunt. Ideo

eundem in modum rescripserunt Severus et Antoninus imperatores. §. 295.

Ea tamen videtur obtinuisse inter peculia et donationes differentia, quod illa, nisi praelegata essent, filiorum non fierent, donationes autem, si tantum aperte pater declarasset testamento voluntatem filiis eas relinquendi, licet juris verba deficerent, confirmarentur; unde patrem, qui testamento scripserat: „exceptis, quae sorori tuae donavi," liberalitatem confirmasse Papinianus respondit. §. 256.

Hoc autem jus postea immutatum est, ita quidem, ut Caracallae senatusconsultum de donationibus inter virum et uxorem, cujus quidem pars exhibetur l. 32. §. 2. D. de don. i. v. e. u. (24. 1.), etiam ad nostras donationes translatum esse videatur. Etiamsi enim Paulli rec. sent. V. 11. §. 3. habeamus pro interpolato, quia sc. contradicit ejusdem Paulli alii loco, [38]) tamen jam ab imperatoribus Valerio et Gallieno rescriptum videmus: [39])

„indubitati juris esse, quod judicium patris, si in extremum fati diem pater eadem animi destinatione duraverit, esset servandum;"

quod quidem etiam saepius a Diocletiano rescriptum legimus in Vat. fr. §§. 274. 277. 278. 281., ita juris tenore superato a „recepta humanitate."

Id vero animadvertendum est, talium donationum etiamnunc diversam fuisse rationem ab iis, quae, contra legem Cinciam factae, morte donatoris convalescerent. Neque enim tum mortis causa capi Paullum censuisse (§. 259.), supra retulimus; at si in filium familias pater contulisset donationem, hujuscemodi liberalitatem „ad instar mortis causa donationis redigi

38) l. 1. §. 1. D. pro donato (41. 6.)

39) Cod. Gregor. III. 4. 2.

oportere, retro principum rescriptis esse concessum," Diocletianus rescripsit. §. 274. Ideo salva lege Falcidia tales liberalitates convaluerunt, etiamsi ejus ratio comminui eas exigeret. §. 281.

Aliam interpretandi viam ingressus est Wenkius, qui jam Papiniani tempore perseverantia patris donantis donationes convaluisse putat, ita tantum, ut, si pater testamentum fecisset, in eoque donationem non confirmasset, revocasse donationem visus sit. At prorsus contraria est tam Papiniani ratiocinatio §. 294. et 296., quam rescriptum Severi §. 295. Aperte enim dicit Papinianus, ex ipsa juris elegantia consequi, ut nihil prodesset, non mutari voluntatem:

„nihil prodest, non mutari voluntatem, quoniam, quod praecessit, totum irritum est;"

et quod initio §i dicit „cum eam donator testamento non confirmaverit," id tantum respicit, si testamento donationem confirmasset, tum quidem filiae fuisse donationem; ideoque id potius sibi volunt verba illa, ut convalescat talis donatio, testamento eam confirmari opus esse. Eundem in modum Severus rescribit §. 295.:

„Si frater tuus in potestate patris in diem mortis perseveravit, donationes, quas a patre in eum conlatas esse affirmas, nullius esse momenti, dubitare non debes;"

ubi Wenkium subintelligentem, eam ob causam non debere dubitari, quia pater testamentum quidem fecisset, sed donationem in eo non confirmasset, nulla defendit ratio.

Quodsi pater filium, cui donaverat, emancipavit, donationes in eum factas, sicuti peculia in emancipatione non ademta donata videbantur, ex post facto perfecisse intelligebatur. §. 255. Sicuti autem omnino generaliter bonorum pars donari non potuit, [40]) etiam

40) Consult. vet. ICti. c. 6.

tum per universitatem successio non intercedebat, sed singulae res in possessionem filii transibant, et pro donato vel pro suo usucapi poterant, quoniam, si quae mancipi erant, mancipatae nondum erant; debitores vero convenire non potuit filius, nisi in rem suam datus esset procurator, aut nominum delegationes intervenissent. Certe autem, qui patre non dissentiente solverunt debitores, liberati sunt, cum ex peculiari contractu ei, qui peculium haberet, recte solvi potuerit. §. 260. [41])

§. 2.

Quum constitisset ex l. 1. D. de donation. (39. 5.), donationes, quae sub conditione affinitatis coeundae a sponsis fierent, posse revocari non insecutis nuptiis, nunc videmus, id, quod Constantinus l. 15. C. de donation. ante nupt. (5. 3.) constituit, jam pridem a Papiniano esse responsum, scilicet tales donationes revocari non licere, si ipsius donatoris culpa accideret, ut matrimonium non contraheretur; §. 262., cujus finem ita legimus:

„quod ita intelligi oportet, si revocantis donatione [42]) conditio non conjuncti matrimonii comprehendatur non perficiendi contractus;“

et sic interpretamur: si revocantis (sponsi) donatione ea conditio comprehendatur, „si non conjungitur matrimonium, perfectus non erit (donationis) contractus.“ Hollwegii lectio: „si revocandae donationis“ rejicienda videtur, quia tum, oppositis illis „revocandae donationis“ et „perficiendi contractus,“ ita esset interpretandum, ut distinxerit Papinianus inter conditionem resolutivam et suspensivam; quo facto non conveniret l. 161. D. de R. J.:

---

41) Cf. l. 3. C. de solution. (8. 43.) l. 53. D. de peculio (15. 1.)

42) Cod. Vat. legitur „donationis.“

„Quotiens per eum, cujus interest conditionem non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde est, ac si impleta fuisset conditio.“

§. 3.

De donationibus inter virum et uxorem plures §§. (269. 273. 276.) agunt, nihil tamen novi praestantes. Nihilominus §. 269. silentio praeterire nolumus propter emendationem quandam Blumii, ab Hollwegio receptam, quam probandam non putamus.

Dicit Ulpianus, matrem filiae, quae in patris potestate esset, donare posse, si in dotem res daret, cum mariti tum fierent; neque obstare, quandoque voluntate filiae patrem rei uxoriae actionem habiturum. Tum addit:

„Merito igitur Sabinus ait, si inscia uxore vel invita maritus in dotem dedit, rem mariti non esse factam, et ideo vindicari ab herede mulieris posse. Quodsi sciente hoc factum sit, consequens erit dicere, in dotem conversum esse id, quod datum est.“

Jam igitur Blumius pro „maritus in dotem dedit“ legendum putat „mater in d. d.“, ea, ut videtur, sententia: ideo res mariti non fieri, quia de donatione matris in filiam sermo sit, et inscio invitove non donetur. Huic autem interpretationi non id tantum obstat, quod perquam singulare esset, invita uxore dotem marito dari, sed potissimum, quod in dote jus mariti ex arbitrio mulieris pendere minime potest, cum res dotales mariti fiant, idque ideo, quia ad matrimonii onera sustinenda ei traduntur, non quia voluntate uxoris; in qua causa neque id ad virum quidquam referre posse, quod dotem constituens mulieri donare vult, jam inde patet, quod omnino res dotales ipsa dote constituenda mulieri nondum donantur, nimirum cum mariti fiant.

Ideo rectius cum Buchholtzio verbum „maritus“ retinendum videtur, idque ad matris maritum, filiae

nuptae patrem, referendum, tum verbis „inscia uxore“ matrem filiae intelligimus, et secundum demum maritum filiae maritum, hoc sc. sensu: Quia mater filiae in dotem dando donare potest, nec inter virum et uxorem ea donatio intelligitur, licet postea pater, filia consentiente, rei uxoriae habeat actionem; etiam tum dotis datio valet, si ipse maritus uxoris, scientis nec nolentis, res filiae marito in dotem dat; sin autem uxoris nesciae vel invitae res dat, eae mariti fieri non possunt, ideoque a muliere ejusve heredibus vindicari possunt. Quodsi locum sic interpretaris, sententiam habes, quam Ulpianus l. 34. D. de J. D. (23. 3.) iisdem fere verbis (quae vero ut sua ibi affert, cum §. 269. ut Sabini) proponit. Offendit quidem, quod verba „maritus“ diversas personas significant; at non semel tali negligentia veteres peccavere.

§. 4.

Ad doctrinam de revocandis ob ingratitudinem donationibus fragm. Vat. haud spernenda quaedam afferunt, hujus juris chronologiam definientia. Quum jam mirum esset, l. 31. §. 1. D. de donat. Papinianum offensae matri revocandi donationes jus concedere, in Codicibus autem, tam Just. quam Theod., nullam existere constitutionem ante Constantinum tali de jure editam, nunc aperte videmus, interpolatum esse illum locum, neque revera prioribus temporibus donationes perfectas revocari potuisse, sive propter meram poenitentiam, sive propter ingratitudinem eorum, in quas collatae essent; postea vero ab imperatoribus exceptiones quasdam esse inductas, donec omnes donationes propter ingratitudinem revocari posse Justinianus constituit.

Nimirum duo habemus rescripta in Vat. fr. Diocletiani, propter ingratitudinem non posse revocari donationes, aperte dicentia (§. 275. 314.), neque ab excepta a lege

Cincia, neque a non excepta persona; idemque dicit Papinianus §. 254., quem locum etiam l. 31. cit. exhibet. Quae vero verba in Dig. contrariam tuentur sententiam, ea in Vat. desunt, et, prout in Dig. sunt adjecta, Triboniani manus satis produnt. Ut enim haec verba, utpote magni momenti, si vere Papiniani fuissent, in Vat. fr. vix omissa fuissent, praesertim cum ex resp. Papin. locus sit desumtus; ita stilo quoque parum Papinianeo concepta videntur:

„donatas res videri, respondi, nec matrem offensam repetitionem habere," „tamen judicem aestimaturum, si mater jure contra filiam offensa, eas revocare velit, et verecundiae maternae congruam bonique viri arbitrio competentem ferre sententiam."

Ut enim taceamus de conjunctione „tamen aestimaturum — et — ferre:" num adhibuisset Papinianus talem imperatorium quasi tumorem, nil aliud dicturus, nisi:

„nec matrem offensam, nisi jure sit offensa, repetitionem habere."

Jam vero ante Diocletianum a Philippo rescriptum videmus §. 272., patronis mutata voluntate omnem donationem revocare licere. Quod quidem jus vix putamus ab ipso demum Philippo esse concessum, cum verba „tractari non oportet, cum revocanda sit," de vetere tantum jure rescribere imperatorem, significare videantur.

Neque vero, ut Klinkhamer [43]) putat, ex ingrato libertorum animo hoc jus pendebat. Quum enim, ut ipse recte vidit, verba constitutionis:

„inter patronum et libertos de jure tractari non oportet, cum etsi perfectis donationibus — tamen omnis donatio mutata patroni voluntate revocanda

43) D. de donationibus cit. p. 134. sqq.

sit — hoc jus stabit intra ipsorum tantum liberalitatem, qui donaverunt;"

luculenter ostendant, ob meram voluntatis mutationem revocari posse donationem; nec obstant verba „nam qui obsequiis" etc., quippe quae causam tantum hujus juris prodant, cum patronos non revocaturos esse donationes, nisi officia neglexerint liberti, imperator putet. Justinianus autem, qui nisi ab ingratis revocari donationes noluit, constitutionem in Cod. recipiens, verba „inter patronum — cum etsi" prorsus omisit, sensumque mutans verbis „omnis donatio" praeposuit „si ingratus sit." Laudari igitur nequit Klinkhamer, si propter tam aperte interpolatam Justinianei Codicis constitutionem nostrum §. aut esse mutandum censet, aut eundem in modum interpretandum, qui scholiastae Vatic. Ms. perperam placuit. Accedit §. 313., ubi Diocletianus liberto cuidam rescribit:

„Cum donatio rei nec mancipi inter non exceptas personas (liberti a patronis excepti non fuerant) traditione perficiatur, fundum traditum eripi ei non posse, nisi patrona donationem revocasset;"

de ingratitudine nil dicens. Neque pro arcto nexu, quem inter patronos et libertos olim intercessisse constat, exorbitantius videri potest tale jus: postea vero, cum magis magisque exaequarentur liberti cum caeteris civibus, etiam discrimina in jure magis tolli consequens fuit. Prorsus quidem neque ab Justiniano sublata sunt: id enim adnotandum hic videtur, quantum lucis accedat ex hoc loco ad interpretationem l. 8. C. de revocand. donation. (8. 56.). Nam si omnem donationem revocare licuisse patronis constat, caeteris vero ne propter ingratitudinem quidem, dubitare nemo poterit, tantum propter hocce patronorum jus Diocletianum ibi rescripsisse, patronum donationem, liberis postea supervenientibus, revocare posse a libertis; ideoque prorsus abhorrere

ab imperatoris mente, si ad quemvis alium donatorem, cui postea liberi superveniant, extendere volunt rescriptum scriptores citt. apud Vinnium, (sel. qu. II. 32.) et Hoepfner in Comment. §. 412. n. 7.

Jam vero praeter patronos etiam patribus, nec non postea matribus jus concessum esse revocandi donationes, quas in liberos emancipatos contulerant, si ingrati hi exstiterent, ex c. 1. 2. C. Th. de revoc. donat. c. un. C. Th. de ingr. lib. constat, quibuscum jam conferendus est §. 248.

§. 5.

De querela inofficiosae donationis plures §§. agunt (270. 271. 280. 281.), qui tamen notatu digna non praestant. Quod §. 270. Diocletianus dicit, a parentibus suis id jus esse constitutum, legi 87. §. 3. D. de legatis II. (31.), ubi rescriptum Severi de eo allegatur, non obstat, quum Diocletianum saepe etiam priores imperatores parentum nomine appellare recte moneat Buchholtzius. De quo usu loquendi, praeter §. 314., quem ille laudat, videas velim l. 4. C. ad SC. Trebell. (6, 49.) l. 3. C. si advers. fiscum (2. 37.) l. 5. C. de magistr. conv. (5. 75.), ubi Anton. Pium, Marc. Aurelium, quin etiam Trajanum parentes ab eo appellatos videbis.

Titulus III.

De stipulationibus.

Stipulationem „quum moriar" utilem apud veteres fuisse §. 98. confirmatur, indeque adjuvatur, quod Huschkius [44]) de restituendo Caj. III. 100. conjecit; praeterea, id quod ante reperta Vat. fr. nos latuit, do-

41) Studien des Röm. Rechts. p. 279. sqq.

cet §. 57., post mortem suam stipulari potuisse servum, quas stipulationes in liberis hominibus inutiles visas esse, non uno ex loco constabat. Quod tamen, si diligentius examinas, ab iis, quae antea nota de hac re erant, minime abhorrens tibi videbitur, quum alia in servorum, alia in liberorum stipulationibus intercesserit ratio, et §. 13. J. de inut. stipul. (3. 20.) id tantum neget, eum, qui in alicujus potestate sit, post mortem ejus stipulari posse. Diversa autem est nostra causa, si quis servus post mortem suam stipulatur, quod ideo licere potuit, quod in stipulando non servi, sed domini spectatur persona. [45])

Ab Justiniano id jus etiam liberis personis esse concessum, omnesque in casum mortis conceptas stipulationes exaequatas esse, neminem latet. [46])

Titulus IV.

De mora.

Quod emtor usuras pretii post traditam rei emtae possessionem, venditor fructus post perfectum contractum praestare debet vice mutua, id jus inde non pendere, quod in mora sint constituti ab illo tempore aut emtor aut venditor, §. 2. aperte dicit; unde satis refutantur ii, qui in bilateralibus contractibus ex re in moram constitui eum, qui accepto debito non solvat, putaverunt. [47]) Iis praeterea haud leves ex Dig. petitae rationes obstant.

---

45) Pr. J. de stipul. serv. (3. 17.)

46) l. 11. C. de contr. et comm. stipul. (8. 38.) §. 13. J. de inut. stip. (3. 20.)

47) Cf. Henning-Ratjen D. de mora (Kil. 1824.) p. 19. Schömann Fragm. p. 43.

Titulus V.

De lege commissoria.

Ex §. 9. Schradero [48]) sequi videtur, jam Papiniani tempore singulos legis commissoriae casus a nonnullis fuisse reprobatos, indeque esse profectam prohibitionem Constantini. Id vero non ita nobis videtur, quoniam dubia, quae hoc §o Papinianus rejicit, non ad usurariam pravitatem, propter quam Constantinus legem commissoriam damnavit, sed ad pretii incertitudinem spectant.

48) Tüb. Krit. Zeitschr. I. p. 186. i. f.

Appendix.

Absolutis iis, quae de ipso Romanorum jure ejusve fontibus disserenda hoc libello nobis erant, solum restat, ut pauca addamus de vocabulis quibusdam, quae in Vatic. fragm. leguntur.

Vindicationis legatum tam ab Ulpiano, quam a Paullo pluribus locis „do lego legatum“ appellatum videmus:

§. 47. „Per do lego legatum (ususfructus) dari potest;“
- 83. „Si do lego legetur;“ (Cf. §§. 57. 86. 87.)

quae quidem verborum conceptio ante reperta Vat. fr. nusquam in fontibus nostris legi potuit, licet ab ipso Ulpiano et Paullo plures locos de vindicationis legato scriptos habeamus. [1]) Sed nunc fortasse ex nostris mutandus est Paull. sent. rec. III. 6. §. 26.:

„Cum conjunctim duobus usumfructum do lego, legatum altero mortuo ad alterum in solidum pertinebit.“

aut ita: „Cum ususfructus do lego legatus sit,“ aut, quum particulam „cum“ Mss. nonnulla omittant, ita: „ususfructus do lego legatus — pertinebit.“

Litis contestatione actiones novari §. 263. (ex Papiniani responsis) legimus:

---

1) Ulp. fr. XXIV. Paulli rec. sent. III. 6.

„si — nec interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit;“

unde defendi fortasse potest illa recentiorum ICtorum novationis divisio, utpote aut voluntariae aut necessariae; quum re et effectu litis contestationi novationem quodammodo inesse dudum constiterit, tantum exemplum defuerit, etiam ICtos ea denominatione usos esse. [2])

Actionem, qua dos repetitur, „rei uxoriae actionem“ saepius dicit Paullus in tit. de re uxoria (§§. 94. 102. 103. 108. 112.), dotis actionem nunquam; unde probabile fit, Triboniano maximam partem esse tribuendum, quod in Dig. rei uxoriae actionis nomen nusquam legimus. [3])

In §. 321., qui de mulierum officio lugendi est scriptus, verbum „sublugere“ legimus:

„minor trimo non lugetur, sed sublugetur, minor anniculo neque lugetur, neque sublugetur;“

quod cum Norisius, quo uno loco ante reperta Vat. fr. legi potuit, per „gravissime lugere“ interpretatus sit, nunc videmus, potius per „aliquantulum lugere“ esse interpretandum.

Alia quoque vocabula, digna quae notentur, [4]) collegit Hollwegius in indice VI. et VII. edit. p. 127. sqq., ubi etiam, quae de orthographia Ms. Vatic. notanda sunt, collecta invenies.

---

2) De Justiniano enim legimus l. ult. pr. C. de usur. rei jud. (7. 54.): „novatur judicati actione prior contractus.“ Cf. Keller Lit. Contest. u. Urtheil p. 92. 96.

3) Cf. Zimmern Rechtsgesch. II. p. 588. Hasse Rhein. Mus. II. p. 84.

4) Veluti „jus dominii possidere“ §. 34.; „ex sanguine mancipium comparare“ §. 34.; (propinqui) „angusti, necessarii“ §. 314.

Addenda et corrigenda.

Pag. 1. not. 2. l. tit. de usufructu.
— 2. lin. 11. l. servata pro servato.
— 4. l. 15. l. Macrob. Saturnal. II, 10.
— 5. n. 13. l. Cajo pro Cap.
— 9. Verba edicti, quae §. 320. exhibet cum interpolationibus quibusdam etiam in Dig. l. 1. de his, qui not. inf. (3. 2.) leguntur.
— 9. l. 5. a. f. l. tit. de usucapione et fr. perc.
— 11. med. l. l. 5. §. 2.
— 11. l. 4. a. f. l. const. pro e const.
— 16. l. 8. l. l. 20. §. 6.
— 16. l. 8. a. f. l. excerpti pro excepti
— 19. l. 2. l. in *septem* libris 26—32.
— 20. l. 1. l. §. 123. sqq.
— 40. §. 3. init. l. Quare.
— 45. l. 7. et 8. l. detur — denegetur
— 50. l. 7. a. f. pro : l. .
— 61. l. 5. a. f. l. quod *tum*
— 64. §. 1. init. l. Ita relatis personis.
— 64. l. 8. l. nominantibus.
— 93. Nimis praeceps fuisse hoc loco iterum rem tractanti mihi videor. Singulare enim in usufructu fuisse bene potest, quód ad tempus in jure cedi potuit, quoniam in infinitum constitui pro ipsius et dominii natura omnino non potuit; idque ita fuisse probabile etiam inde fit, quod, cum in rebus sub conditione resolutiva legatis conditio in suspensivam convertenda videretur, ususfructus ita legatus statim constituebatur. Dominii autem a natura alienum esse visum, ad tempus mancipatum ipso jure priori domino restaurari, inde probari videtur, quod e fiducia, qua in rebus ad tempus alienandis antiquitus usi sunt, personalis tantum actio competebat. Attamen postea, quum in aliis causis, ipso jure restaurari posse dominum, obtinuisset, etiam lege mancipi id effici potuisse videtur. cf. l. 42. pr. D. de mortis causa donat. (39. 6.) c. 2. C. de donat. quae sub modo (8. 55.) Mühlenbruch Doctr. Pand. §. 270. nro. 2. Inde defendi fortasse potest quod p. 102. conjeci in interpretando §. 50.
— 102. l. 10. a. f. pro cum l. quemadmodum. l. 9. a. f. l. omiserat.
— 111. l. 6. a. f. l. legatum.
— 129. §. 7. l. 3. l. usum, f. n. edoceamur.
— 129. l. 9. a. f. dele: (certe — sententia)
— 130. l. 4. a. f. l. fas.